



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO**

BRICIO LUIS DA ANUNCIAÇÃO MELO

**A SUBMISSÃO OBRIGATÓRIA À IDENTIFICAÇÃO DE PERFIL GENÉTICO
PARA FINS CRIMINAIS:** uma reflexão crítica sob a luz da dignidade da pessoa humana

**SÃO CRISTÓVÃO-SERGIPE-BRASIL
2019**

BRICIO LUIS DA ANUNCIAÇÃO MELO

**A SUBMISSÃO OBRIGATÓRIA À IDENTIFICAÇÃO DE PERFIL GENÉTICO
PARA FINS CRIMINAIS:** uma reflexão crítica sob a luz da dignidade da pessoa humana

Dissertação como requisito para obtenção de Título de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe; área de concentração: Constitucionalização do Direito; linha de pesquisa Eficácia dos direitos fundamentais e seus reflexos nas relações sociais e empresariais, da Universidade Federal de Sergipe.

**Orientadora: Prof^ª Dr^a Clara Angélica
Gonçalves Cavalcante Dias.**

Página para ficha catalográfica

BRICIO LUIS DA ANUNCIAÇÃO MELO

A SUBMISSÃO OBRIGATÓRIA À IDENTIFICAÇÃO DE PERFIL GENÉTICO

PARA FINS CRIMINAIS: uma reflexão crítica sob a luz da dignidade da pessoa humana

Defesa da Dissertação de Mestrado orientada pela Prof^a Dr^a Clara Angélica Gonçalves Cavalcante Dias, apresentada à banca examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe, em ____ de fevereiro de 2019.

Os membros da Banca Examinadora consideram o candidato: _____.

BANCA EXAMINADORA:

Prof^a Dr^a Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti Dias (Orientadora)
Universidade Federal de Sergipe - UFS

Prof^a Dr^a Tanise Zago Thomasi (membro interno)
Universidade Federal de Sergipe - UFS

Prof. Dr. Diogo de Calasans Melo Andrade (membro externo)
Universidade Tiradentes - UNIT

Dedico este trabalho a Ana Patricia, Antônio Augusto e Maria Eduarda, expressões do sentimento concreto do amor.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo dom da vida, pelas oportunidades concedidas e por me cercar de tantas pessoas queridas. Toda honra e glória sejam dadas a Ti Senhor pelas maravilhas que tem feito em minha vida!

A minha esposa Ana Patricia, meu grande e verdadeiro amor, não apenas por estar ao meu lado nesses quase três anos de mestrado, entre aluno especial e regular, compartilhando todos os sentimentos dessa jornada, mas por sempre me incentivar e acreditar nos meus sonhos. Te amo infinitamente!

A meus filhos, Antônio Augusto e Maria Eduarda, esta ainda no ventre da mãe, por existirem em minha vida. Com eles aprendo, diariamente, o que é o amor mais puro que existe.

A meus pais, Antônio Ângelo e Janeide, por todo o incentivo a minha vida acadêmica e entusiasmo a cada passo dado. Saibam que essa vitória também é de vocês.

A minha irmã, Grace, que, em função da minha dedicação ao Mestrado, passou a vir cada vez mais a Aracaju, e também por todo amor dedicado a Antônio Augusto.

A minha orientadora, Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti Dias, um exemplo de profissional, professora e pesquisadora. Meu muito obrigado não apenas por todo o incentivo acadêmico, mas pela amizade que se iniciou.

Aos professores do Mestrado, que muito contribuíram para minha formação e pesquisa acadêmicas. Destaco, em especial, os professores Lucas Gonçalves da Silva, Karyna Batista Sposato, Clóvis Falcão e Flávia Pessoa.

A todos os amigos pela compreensão em razão da ausência durante esse período de dedicação aos estudos. Destaco, em especial, meu amigo Luiz que, com sua ampla biblioteca particular, sempre me ajudou.

Aos colegas do mestrado, com os quais aprendi bastante nas longas e profundas discussões em cada matéria cursada. Os diferentes pontos de vista foram importantes no aprofundamento proposto pelo Mestrado. Dentre todos, destaco minha colega de estágio docência Conceição de Maria, pela amizade, e Yan, sempre solícito quando precisava de algum livro de uma biblioteca de Brasília.

Agradeço, ainda, a todos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFS, PRODIR, especialmente a Renata, sempre atenciosa com todos e pronta a tirar nossas dúvidas.

“os seres humanos podem fazer a diferença, e efetivamente o fazem, podem pensar de forma não convencional e às vezes até alterar o curso da história na direção da justiça e da solidariedade.” (BAUMAN; LYON, 2013, p. 130).

RESUMO

Os limites dos poderes do Estado de colher material biológico de suspeitos ou condenados por crimes e de armazenar os perfis genéticos, bem como de fazer uso dessas informações são objeto de discussão nos países democráticos. A Lei 12.654/2012 previu a submissão obrigatória de condenados em crimes hediondos à identificação do perfil genético, mediante a extração de DNA, mesmo contra a vontade do indivíduo, por meio de técnica indolor, criando-se o banco genético de dados de condenados, bem como a submissão de pessoas investigadas em quaisquer delitos à identificação de perfil genético, como forma de identificação criminal. O trabalho destaca que, ao ser humano hoje são conferidos direitos inerentes à sua natureza, de modo a serem reconhecidos pela simples razão de sua existência, não se cogitando excludentes em razão de condições peculiares. O reconhecimento da privacidade como direito da personalidade passou por uma evolução histórica até ser concebida como direito fundamental à autodeterminação informativa, deferindo-se ao indivíduo o controle de seus dados pessoais, inclusive os dados genéticos. Com efeito, as informações genéticas, por serem dados personalíssimos e poderem atingir não apenas seu titular, como também familiares, necessitam do consentimento para constarem de bancos de dados criminais. A lei 12.654/2012, ao prever a submissão obrigatória de pessoas condenadas em crimes hediondos ou de investigados em quaisquer crimes à identificação de perfil genético, é inconstitucional por violar a autonomia privada e capacidade de autodeterminação do indivíduo, pois transforma pessoas acusadas criminalmente em indivíduos desprovidos de dignidade, completamente sujeitos ao arbítrio Estatal. A pesquisa realizada é de cunho interdisciplinar, uma vez que a análise do problema passa por questões referentes não apenas às searas dos Direitos Civil e Penal, mas também da Genética e Bioética. Para o atingimento desse fim, foi feito uso da técnica de revisão de literatura sobre direitos da personalidade, limites da condenação, autonomia da vontade e genética, notadamente por ser um trabalho com questionamentos jurídicos e éticos. Por outro lado, serão invocados alguns aspectos do método histórico, de modo a localizar acontecimentos cujos desdobramentos auxiliam a compreensão atual do que seria a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Autonomia privada. Privacidade. Perfil genético. Banco de dados genéticos.

ABSTRACT

The limits of the State's powers to collect biological material from suspects or convicted criminals and to store genetic profiles as well as to make use of such information are the subject of discussion in democratic countries. Law 12.654/2012 provided for the compulsory submission of convicts in heinous crimes to the identification of the genetic profile, through the extraction of DNA, even against the will of the individual, by means of a painless technique, creating the genetic database of condemned data, as well as the submission of persons investigated in any crimes to the identification of genetic profile, as a form of criminal identification. The work emphasizes that, to the human being, rights inherent to his nature are conferred in order to be recognized for the simple reason of their existence, not considering themselves exclusive because of peculiar conditions. The recognition of privacy as a personality right went through a historical evolution until it was conceived as a fundamental right to informational self-determination, allowing the individual to control their personal data, including genetic data. In fact, genetic information, because it is very personal and can reach not only its holder, but also family members, requires consent to be included in criminal databases. Law 12.654 / 2012, when it foresees the obligatory submission of convicted persons in heinous crimes or investigated in any crimes to the identification of genetic profile, is unconstitutional because it violates the private autonomy and capacity of self-determination of the individual, since it transforms individuals criminally accused in individuals devoid of dignity, completely subject to State arbitration. The research carried out is of an interdisciplinary nature, since the analysis of the problem involves issues related not only to the Civil and Penal Rights fields, but also to genetics and bioethics. In order to achieve this aim, the literature review technique on personality rights, limits of condemnation, autonomy of will and genetics were used, notably because it is a work with legal and ethical questions. On the other hand, some aspects of the historical method will be invoked in order to locate events whose development helps the current understanding of the dignity of the human person.

Keywords: Dignity of human person. Private autonomy. Privacy. Genetic profile. Genetic database.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 A SEGURANÇA PÚBLICA E O TRATAMENTO NACIONAL E INTERNACIONAL À COLETA DE DADOS GENÉTICOS.....	15
1.1 A NECESSIDADE DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL E SOLUÇÃO DE CRIMES.....	18
1.2 A DICOTOMIA INTERESSE PÚBLICO E PRIVADO NO ÂMBITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	23
1.3 DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO DELITO.....	26
1.4 DA COLISÃO ENTRE SEGURANÇA PÚBLICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA APLICABILIDADE DA PROPORCIONALIDADE.....	32
1.5 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE GENOMA HUMANO E DIREITOS HUMANOS E DECLARAÇÃO INTERNACIONAL DE DADOS GENÉTICOS HUMANOS.....	34
1.6 CASOS DECIDIDOS NO TRIBUNAL EUROPEU SOBRE A COLETA FORÇADA DE MATERIAL GENÉTICO E MANUTENÇÃO DE BANCOS DE DADOS DO INDIVÍDUO.....	37
1.7 CASOS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE A COLETA FORÇADA DE DADOS GENÉTICOS E AUTOINCRIMINAÇÃO.....	40
2 O DIREITO À PRIVACIDADE E SEU TRATAMENTO NA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL.....	44
2.1 O HOMEM COMO SUJEITO DOTADO DE VALOR.....	45
2.2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL.....	48
2.3 DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	55
2.4 DIREITO À INTIMIDADE/PRIVACIDADE.....	65
2.4.1 Evolução conceitual sobre o que seria a privacidade.....	65
2.4.2 Conceito: uma tentativa de diferenciação entre privacidade, intimidade e vida privada.....	72
2.4.3 Delimitação de esferas.....	77

2.4.4 Limitação.....	83
2.4.5 Direito à autodeterminação informativa.....	85
2.4.6 Pode-se sustentar uma autodeterminação informativa de pessoas investigadas e condenadas?.....	92
2.4.7 Classificação das informações pessoais.....	96
3 OS RISCOS NA UTILIZAÇÃO DE DADOS GENÉTICOS.....	99
3.1 DNA, GENOMA HUMANO E GENÉTICA.....	99
3.2 BENEFÍCIOS ADVINDOS DO CONHECIMENTO GENÉTICO.....	102
3.3 INFORMAÇÕES PERSONALÍSSIMAS.....	103
3.4 BIOPODER: O USO DE DADOS GENÉTICOS POR EMPRESAS.....	107
3.5 OS BANCOS DE DADOS E OS BIOBANCOS	109
3.6 A SUPOSTA PRIVACIDADE NA UTILIZAÇÃO DO PERFIL GENÉTICO.....	115
4 A IMPOSSIBILIDADE DE SUBMISSÃO OBRIGATÓRIA À COLETA DE DADOS GENÉTICOS DE CONDENADOS.....	116
4.1 DIREITO DA PERSONALIDADE POSITIVO: AUTONOMIA PRIVADA.....	117
4.2 DA IGUALDADE MATERIAL: DA VULNERABILIDADE DA PESSOA DO CONDENADO E DO INVESTIGADO.....	123
4.3 DIGNIDADE DA PESSOA COMO PARÂMETRO.....	130
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	141
REFERÊNCIAS.....	145

1 INTRODUÇÃO

Os limites dos poderes do Estado de colher material biológico de suspeitos ou condenados por crimes e de armazenar os perfis genéticos¹, bem como de fazer uso dessas informações são objeto de discussão nos países democráticos.

Ante a evidente necessidade de resolução de crimes que deixam vestígios, especialmente em países como o nosso em que inúmeros crimes ficam sem solução e o Direito acaba por não cumprir sua função de pacificação social, doutrinadores apontam que essa submissão obrigatória acarretaria a violação de diversos direitos fundamentais, tais como o direito a não produzir prova contra si mesmo, direito à privacidade, direito a não passar pela identificação criminal, dentre outros.

Em meio a essa discussão, a Lei 12.654/2012 previu a submissão obrigatória de condenados em crimes hediondos à identificação do perfil genético, mediante a extração de DNA, mesmo contra a vontade do indivíduo, por meio de técnica indolor, criando-se o banco genético de dados de condenados. Foi prevista, ainda, a colheita de material genético de acusado ou investigado, como forma de identificação criminal, em qualquer espécie de crime, por mero despacho do juiz quando este entender necessário, antes mesmo de qualquer condenação ou, sequer, oferecimento de denúncia.

Diante o quadro acima apresentado é de se questionar se essa submissão obrigatória ao fornecimento de material genético, tal qual prevista em lei, tem fundamento constitucional, mesmo sendo violados os direitos fundamentais da privacidade e da autodeterminação informativa. Será o código genético um dado sensível, apenas sendo possível sua revelação com o consentimento do indivíduo, ainda que se trate de uma pessoa investigada ou condenada?

Para ampliarmos o debate, podemos suscitar que a legislação previu que a identificação genética não poderia revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação de gênero, o que, em tese, preservaria a privacidade do indivíduo e de sua família. Ademais, a adoção do banco de dados genéticos poderia ajudar na identificação criminal dos investigados, mormente em um sistema precário como o vigente no Brasil, em que, muitas vezes, não se consegue identificar corretamente um suspeito.

¹ Os denominados perfis genéticos constituem parte das informações contidas na amostra de DNA e são extraídos de regiões ditas não-codificantes, como será mais bem explicado no capítulo 3

Diante dessa inovação legislativa, surgiu um amplo debate no meio acadêmico quanto à constitucionalidade dessa medida. A mitigação da privacidade de condenados em crimes hediondos, bem como de investigados em delitos em geral, por meio da submissão obrigatória à identificação de perfil genético, seria possível mesmo diante do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental e valor irradiado em nosso ordenamento? Nesse questionamento deve-se considerar a necessidade de segurança pública e de controle da criminalidade, cada vez maior em nosso cotidiano.

Tal discussão transpôs as fronteiras dogmáticas e chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio do RE 973.837/MG que teve sua repercussão geral reconhecida. O colegiado entendeu que a inclusão de manutenção de perfil genético de condenados em banco de dados estatal não seria aceita, de forma unânime, como compatível com os direitos de personalidade e os direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição, indicando divergências entre os Tribunais pátrios.

A resolução dessa questão não se restringe à oposição entre a necessidade de segurança pública e o direito à não-autoincriminação. Muito embora a lei tenha favorecido a solução de crimes mediante a comparação de perfis genéticos obtidos na cena do crime, a discussão quanto à sua constitucionalidade é interdisciplinar uma vez que há direitos da personalidade envolvidos, como autonomia, privacidade, integridade corporal e autonomia informacional. Ademais, por todos esses direitos acima mencionados, perpassa a dignidade da pessoa humana, no sentido de liberdade e igualdade conferidas ao indivíduo.

Em decorrência dessa dignidade, ao ser humano hoje são conferidos direitos inerentes à sua natureza, de modo a serem reconhecidos direitos ao homem pela simples razão de sua existência, independentemente de condições peculiares.

A presente pesquisa tem por escopo perquirir se a submissão obrigatória à coleta de material genético da pessoa condenada por crime hediondo ou investigada por qualquer delito viola a Constituição Federal ou em que condições seria possível a constitucionalidade da lei que existe hoje, uma vez que ela é extremamente lacônica. Objetiva-se, ainda, analisar a possibilidade de existência de banco de dados genéticos contra a vontade da pessoa investigada ou condenada em sede de crimes hediondos.

Nesse sentido, a doutrina aponta que não há direitos ou prerrogativas absolutas, uma vez que qualquer mitigação de direitos deve ser proporcional, justificada e controlada. A pesquisa terá como ponto partida o valor dignidade da pessoa humana de

nossa Constituição Federal, o qual foi irradiado para o ordenamento jurídico, em uma perspectiva de Constitucionalização do Direito.

Com tal desiderato, dividiu-se a pesquisa em quatro capítulos. No primeiro deles, será indicada a importância da identificação de perfil genético para a solução de crimes que deixam vestígios. Analisaremos os limites da pena quanto à pessoa do condenado, bem como as consequências jurídicas do delito. A fim de responder aos questionamentos propostos neste trabalho, serão estudados documentos internacionais que tratam de dados genéticos e decisões da Corte Européia de Direitos Humanos e dos Tribunais Superiores quanto à intangibilidade corporal e vedação à autoincriminação.

No capítulo seguinte, far-se-á uma análise da evolução histórica do homem como sujeito de direitos até o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor em nossa Constituição Federal. Com base na Constitucionalização do Direito, sustentar-se-á que a dignidade é um valor irradiado por todo o ordenamento jurídico, acarretando uma mudança de paradigma no Direito Civil pátrio. Com lastro nesse marco teórico, tratar-se-á do direito à privacidade, como integrante dos direitos da personalidade, sua evolução história até o seu reconhecimento, modernamente, como direito à autodeterminação informativa.

No terceiro capítulo, tratar-se-á do conhecimento genético e suas consequências positivas para o tratamento de diversas doenças, bem como dos riscos advindos da divulgação das informações contidas nos genes, especialmente em uma sociedade informacional como a que vivemos. Nesse sentido, reconhecer-se-á que os dados genéticos são dados sensíveis e personalíssimos e que a existência de bancos de dados com tais informações são um risco diante de possíveis violações ao direito de privacidade.

Por fim, no último capítulo, cuidar-se-á da importância da autonomia de vontade como direito da personalidade positivo, de modo a se aferir se a submissão obrigatória à identificação de perfil genético respeita a dignidade da pessoa humana. Ademais, será enfocada a questão da vulnerabilidade das pessoas investigadas ou condenadas e o imperativo de igualdade substancial, advindo da Constituição Federal.

Nessa perspectiva, não tendo, por óbvio, a intenção de esgotar o tema, a pesquisa realizada é de cunho interdisciplinar. Como a solução do problema proposto passa por questões referentes não apenas às searas dos Direitos Civil e Penal, mas também da Genética e Bioética, procedeu-se a pesquisa bibliográfica quanto a cada uma

dessas matérias, por meio de livros e artigos científicos, além da legislação e jurisprudência atinentes, a fim de se promover um diálogo entre elas.

Para o atingimento desse fim, far-se-á amplo uso da técnica de revisão de literatura sobre direitos da personalidade, limites da condenação, autonomia da vontade e genética, notadamente por ser um trabalho com questionamentos jurídicos e éticos. Por outro lado, serão invocados alguns aspectos do método histórico, de modo a localizar acontecimentos cujos desdobramentos auxiliam a compreensão atual do que seria a dignidade da pessoa humana.

Eis a materialização da pesquisa.

1 A SEGURANÇA PÚBLICA E O TRATAMENTO NACIONAL E INTERNACIONAL À COLETA DE DADOS GENÉTICOS

Seguindo uma tendência de vários países, o Brasil, por meio da Lei 12.654/2012² que, alterando as Leis 12.037/2009, que cuida da identificação criminal, e 7.210/1984, Lei de Execução Penal, previu a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal.

Da análise da inovação legislativa, depreende-se que se tornou possível a colheita de material genético de acusado de crime por mero despacho³ do juiz quando este entender necessário, antes mesmo de qualquer condenação ou, sequer, oferecimento de denúncia. Previu-se, outrossim, a submissão dos condenados por crimes hediondos ou cometidos dolosamente com violência grave contra pessoa à identificação genética, criando-se o banco genético de dados de condenados. Cada uma das hipóteses tem um regime diferente: quando se trata de identificação criminal, o material genético será excluído ao término do prazo prescricional do crime investigado⁴; ao passo que em se

² Art. 5º A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação. Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético.

Art. 5º-A. Os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal.

§ 1º As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos.

§ 2º Os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial.

§ 3º As informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado.

Art. 7º-A. A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito.

Art. 7º-B. A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo

Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

§ 1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

§ 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético. (BRASIL, 2012).

³ Art. 3º, Lei 12.037/2009. Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando: (...) IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa. (BRASIL, 2009).

⁴ Art. 7º - A, Lei 12037/2009. A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito. (BRASIL, 2009).

tratando de condenados, o recolhimento do material genético dar-se-á como consequência da condenação, não havendo previsão de exclusão de tais perfis genéticos.

Assim, em sede qualquer investigação criminal, desde que ordenado por despacho judicial, os dados genéticos do indivíduo podem constar de bancos de dados criminais. Ademais, também é possível a inclusão de informações genéticas de condenados em bancos de dados quando a condenação se der em sede de crimes hediondos mesmo sem violência contra a pessoa, como ocorre em caso de condenação por falsificação ou adulteração de medicamento, previsto no artigo 273 e parágrafos⁵ do Código Penal.

Diante do quadro acima delineado, crimes que sequer deixam vestígios tornam-se aptos a ensejar a inclusão de informações genéticas de pessoas condenadas ou meramente investigadas em bancos de dados criminais. Dessa forma, tais informações personalíssimas ficam sujeitas a diversos os riscos de utilização, ainda que os indivíduos suspeitos venham a ser absolvidos da imputação penal a eles cometida, já que os dados genéticos devem ser preservados pelo prazo prescricional da infração penal.

Outro ponto destacado pela doutrina e que merece atenção em função da legislação adotada pelo Brasil em 2012 é a possibilidade de utilização dos dados genéticos para fins diversos dos criminais. Nesse ponto, a legislação previu que a identificação genética não poderia revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação de gênero, bem como que tais dados seriam mantidos no âmbito da Administração Pública de forma a manter o sigilo quanto aos mesmos, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa.

Ocorre que o Decreto 7.950/2013, que regulamentou os dispositivos da inovação legal, ressaltou que as informações genéticas poderiam ser utilizadas não apenas para fins de investigação criminal como também na identificação de pessoas

⁵ Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.

§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.

§ 1º-A - Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico.

§ 1º-B - Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições: I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente; II - em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior; III - sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização; IV - com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade; V - de procedência ignorada; VI - adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.(BRASIL, 1940).

desaparecidas⁶. Assim, mediante uma burla à legislação aprovada, tornou-se possível a utilização do banco de dados genéticos para fins outros que não a prevenção ou repressão de crimes.

Por mais nobres que sejam as razões invocadas, o fato é que dados personalíssimos que estavam tendo seu espectro de privacidade afastado em função da segurança pública passaram a ser utilizados com fins diversos do permitido em lei. E, a partir dessa exceção criada por simples decreto, sem qualquer discussão parlamentar, podem surgir outras, o que evidencia o eminente risco na utilização dos dados genéticos e justifica a discussão quanto à constitucionalidade da referida legislação.

A doutrina aponta diversos pontos a serem considerados na constitucionalidade da novel legislação, como o direito de não produzir prova contra si mesmo, a privacidade de pessoas condenadas, o direito à integridade corporal, limitação da pena à pessoa do condenado. Nesse particular, todos os questionamentos envolvem a dignidade de pessoas condenadas ou investigadas. A dignidade da pessoa humana, uma conquista ético-jurídica oriunda da reação dos povos contra as atrocidades cometidas pelos regimes totalitários contra milhões de pessoas durante a Segunda Guerra Mundial, é o princípio de maior importância axiológica dentro do ordenamento jurídico e se manifesta no reconhecimento do homem em sua plenitude (DIAS, 2016, p. 111).

Quanto ao tema, Stefano Rodotà, diante das situações européia e americana, já alertava que até a mais íntima esfera da privacidade estaria sob ameaça depois do 11 de setembro. Para ele, “a privacidade na era do terror” estaria condenada, de modo a não ser mais possível resguardar a dimensão mais reclusa de uma pessoa. Isso ocorreria pois a privacidade, além de não mais ser encarada como direito fundamental, passou a ser vista como obstáculo à segurança, sendo superada por legislações de emergência (RODOTÀ, 2008, p. 14).

Foi o que ocorreu com o Brasil com a publicação da Lei 12.654/2012. A privacidade de pessoas condenadas ou meramente investigadas passou a ser um direito menor ante a necessidade de repressão criminal. Privilegiou-se a segurança pública em detrimento de direitos fundamentais de pessoas que, embora tenham cometido crimes

⁶ Art. 8º, Decreto 7950/2013. O Banco Nacional de Perfis Genéticos poderá ser utilizado para a identificação de pessoas desaparecidas. Parágrafo único. A comparação de amostras e perfis genéticos doados voluntariamente por parentes consanguíneos de pessoas desaparecidas serão utilizadas exclusivamente para a identificação da pessoa desaparecida, sendo vedado seu uso para outras finalidades. (BRASIL, 2013).

ou que sobre elas apenas recaiam indícios, possuem igual dignidade às demais pessoas como seres humanos que são.

Assim, diante desta flagrante violação à privacidade de tais indivíduos, cabe analisar se esta mitigação de direitos fundamentais seria compatível com a nossa Constituição Federal. Para que seja atingido esse fim, inicia-se a pesquisa com as consequências jurídicas do delito e seus limites.

1.1 NECESSIDADE DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL E SOLUÇÃO DE CRIMES

Com o aumento da criminalidade em países como o Brasil e, especialmente após o atentado terrorista de 11 de setembro, em âmbito internacional, observou-se uma necessidade de reforço nas medidas de caráter securitário.

Se, antes, o direito à privacidade dos indivíduos era plenamente assegurado, mormente em um mundo de novas tecnologias e extremamente conectado, evitando-se que o homem se transformasse em um “simples objeto de informações” (CASTRO, 2003, p. 1), a realidade ditou a necessidade repensar essa equação. Os direitos à privacidade e liberdade passaram, muitas vezes, a serem mitigados em nome do direito à segurança, de modo que a autodeterminação informativa do indivíduo começou a sofrer diversos ataques e restrições.

Ainda que em nossa realidade não tenhamos nos deparado com atentados terroristas, é inegável que um dos grandes esforços do Estado hoje é o combate à criminalidade violenta ou extremamente organizada como se dá no tráfico de drogas e nas milícias. No crime organizado, o alvo são os cidadãos comuns e a segurança de cada indivíduo é que se encontra em pauta.

É em razão desse contexto que Catarina Sarmiento e Castro afirma que, em função desse combate à criminalidade, o Estado acabou por impor certos limites à autodeterminação informativa dos indivíduos, em função do direito à segurança:

O direito à segurança é hoje considerado um direito de proteção de sentido negativo – enquanto “Abwehrrecht”-, impondo-se aos Estados, que não podem agredir a segurança do indivíduo, mas assume cada vez maior importância enquanto direito positivo de proteção, impondo à autoridades públicas um dever de proteção – enquanto “Schutzrecht” – contra ameaças de terceiros. (CASTRO, 2003, p. 22).

A polícia teria, então, em certas circunstâncias, um poder-dever de agir. Assim, a promoção da segurança poderia acarretar derrogações aos direitos dos cidadãos, especialmente no que tange à proteção de dados e à autodeterminação informativa.

Essa necessidade de segurança após o 11 de setembro também é destacada por Zigmunt Bauman, de modo que a busca por uma sensação de que estamos seguros tem sido prioridade política em diversos países e constitui uma poderosa motivação no mundo da vigilância, de modo a ensejar diversas formas de controle social (2013, p. 95).

Neste particular, cabe ressaltar que, ainda antes da alteração legislativa ora em questão, já havia a coleta de material genético por parte da Polícia Judiciária. Esse armazenamento tem fundamento no artigo 6º, III, do Código de Processo Penal, o qual prevê que a autoridade policial deve “colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e de suas circunstâncias” (BRASIL, 1941). Nessas provas se incluíam as digitais, restos e secreções humanas eventualmente deixadas na cena do crime, que iriam alimentar bancos de dados para a elucidação do crime.

A inovação legislativa é a submissão do indivíduo investigado ou condenado a fornecer seu material genético para que ele seja comparado com aquele colhido na local do delito ou, em crimes que não deixam vestígios, para, tão-somente, alimentar bancos de dados genéticos.

Assim, quando se está diante de delitos que deixam vestígios, a questão da comparação de material genético deixado na cena do crime com o de suspeitos é de fundamental importância para a elucidação criminal.

Com efeito, uma investigação criminal compõe-se de pequenas peças que irão formar um grande quebra-cabeça, em que as provas periciais, entre as quais o exame de DNA de suspeitos, por meio da comparação de perfil genético, são de extrema relevância, a depender da situação do caso concreto (SOUSA, 2018, p.140), especialmente se estivermos diante de crimes que deixam vestígios.

Ademais, a doutrina (BONACCORSO, 2010, p. 122) sustenta que a utilização de DNA para a elucidação de crimes não seria uma punição ao criminoso ou mitigação de algum princípio processual penal mas, sim, mera consequência da identificação criminal, tal qual prevista na Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, o artigo 5º, inciso LVIII, da Constituição assevera que “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei” (BRASIL, 1988). Com efeito, pode-se inferir que o verdadeiro intuito da identificação datiloscópica criminal não seria estigmatizar ou punir o suspeito, mas

sim, unicamente, identificá-lo ou confirmar sua identidade, em caso de haver dúvida sobre ela. Tanto assim o é que se dispensa a identificação criminal quando o suspeito já foi adequadamente identificado no âmbito civil.

Esse entendimento ganhou força, sobremaneira, quando da edição da Lei 12.037/2009, que conferiu primazia à identificação civil, apenas permitindo a identificação criminal em caso de impossibilidade de correta identificação civil, quando houvesse dúvidas quanto à autenticidade do documento ou, dentre outras hipóteses⁷, quando, por despacho da autoridade judiciária competente, a identificação criminal fosse essencial.

Dessa forma, a identificação criminal passou a ser compreendida apenas como um procedimento técnico-científico para se confirmar, em caso de dúvida, se o indivíduo A seria realmente o A e não B ou C (BONACCORSO, 2010, p. 123). A fim de corroborar a inexistência de qualquer caráter punitivo ou vexatório, de violação de direitos do condenado, Norma Sueli Bonaccorso, em dissertação de doutorado sobre o tema, antes da Lei 12.654/2012, assevera:

Este fato fica claramente demonstrado em razão da inexistência de qualquer dispositivo legal que obrigue, em caso de condenação, o condenado a se submeter à identificação criminal, caso não tenha sido anteriormente. (BONACCORSO, 2010, p. 122).

Ocorre que essa situação foi completamente alterada com a mudança legislativa de 2012. O indivíduo condenado em sede de crimes hediondos passou a ser obrigado a se submeter à retirada de material genético, ainda que já tenha sido devidamente identificado civil ou criminalmente, como um mero efeito da condenação.

Essa questão dos efeitos do delito será analisada no item 1.3 mas, desde já, vislumbra-se que não se sustenta a assertiva que a retirada de material genético de

⁷ Art. 3º, Lei 12.037/2009. Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando: I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação; II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado; III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si; IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa; V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações; VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais. Parágrafo único. As cópias dos documentos apresentados deverão ser juntadas aos autos do inquérito, ou outra forma de investigação, ainda que consideradas insuficientes para identificar o indiciado (BRASIL, 2009).

pessoas condenadas e presas ocorra apenas para a identificação criminal. Criou-se uma medida que vulnera os direitos da personalidade como simples efeito da condenação.

Outro ponto recorrente na discussão da constitucionalidade da medida implantada é o da credibilidade da custódia do DNA encontrado ou recolhido. Há a questão do princípio da presunção de inocência, especialmente se estamos diante da submissão quando se tratar de pessoas meramente investigadas. Ressalte-se, ainda, que podem ocorrer equívocos no manuseio e conservação do material genético colhido, o que pode ensejar uma condenação criminal equivocada e uma grave violação de direitos fundamentais.

Nesse sentido, é de ressaltar a busca por uma assassina serial na Alemanha denominada de “mulher sem rosto” ou “fantasma de Heilbronn”. Durante mais de 15 anos, a polícia alemã realizou uma busca incessante por essa mulher que chegou a ser conhecida como a mulher mais perigosa da Alemanha. Traços de seu DNA foram encontrados em cenas de seis assassinatos e de uma morte suspeita (BRASIL, STF, 2017).

Ocorre que, após diversos anos de busca incessante, a polícia alemã concluiu que o DNA em comum que era encontrado nas cenas dos crimes não era referente à assassina serial, mas sim decorrente de uma contaminação no algodão utilizado para a coleta dos traços de material humano deixados nos locais dos delitos. Suspeita-se, agora, que a contaminação ocorreu com o algodão antes de ser empacotado (BRASIL, STF, 2017).

A partir dessa situação real é de se questionar. Caso tivesse ocorrido uma coincidência entre esse DNA contaminado com o de alguma pessoa constante no Banco de Dados Genéticos, uma pessoa inocente iria ser condenada e iria sofrer as consequências de crimes que não cometeu. Essa situação de erro judiciário atinente a coleta de material genético também ocorreu no mundialmente famoso caso da Amanda Knox⁸.

A fim de evitar esses inúmeros erros judiciários que cada vez mais se avolumam no mundo, o Comitê Consultivo da Forensic Genetic Policy Initiative defende algumas medidas de salvaguarda no que tange à manutenção dos bancos de dados genéticos criminais. Entre as medidas sugeridas, está restringir o banco de dados

⁸ Célebre caso referente a um assassinato ocorrido na Itália em que uma estudante e seu namorado, após terem sido condenados em função de terem sido encontrados traços de DNA da vítima em uma faca na casa de um deles, foram absolvidos após uma segunda perícia ter afastado a comprovação da existência do DNA da vítima no objeto encontrado.

apenas para crimes para os quais o DNA pode ser utilizado na solução dos crimes, bem como exigir uma suspeita fundada para que os dados alimentem o sistema. Defende, ainda, a remoção automática do DNA dos bancos de dados quando da absolvição ou exclusão do processo (FORENSIC GENETIC POLICY INITIATIVE, 2014).

Ainda assim, é inegável que a identificação de perfil genético favorece a solução de crimes mediante a comparação de materiais genéticos eventualmente deixados na cena do crime. Entretanto, há a primazia da busca pelo culpado ao invés do estabelecimento de uma real política de prevenção criminal. Afinal, como saber se um indivíduo que tem seus dados inseridos em um banco de dados genético não voltará a delinquir pelo simples temor de ter seus dados confrontados? De fato, é difícil isolar o efeito do banco de dados quanto à prevenção de delitos.

Ademais, também se sustenta uma possível violação da dignidade da pessoa humana de pessoas condenadas, por meio da adoção da submissão obrigatória ao fornecimento de material genético. Essa restrição ao direito de liberdade não se justificaria e os direitos suspensos seriam uma nova faceta dos castigos corporais outrora aplicados a pessoas condenadas:

O sofrimento físico, a dor do corpo não são mais os elementos constitutivos da pena. O castigo passou de uma arte das sensações insuportáveis a uma economia dos direitos suspensos. Se a justiça ainda tiver que manipular e tocar o corpo dos justicáveis, tal se fará à distância, propriamente, segundo regras rígidas e visando a um objetivo bem mais “elevado”. (FOUCAULT, 1999, p. 15).

De fato, nesse processo de vigilância a pena sofreu um processo de modificação. Saíram os castigos corporais e os corpos passaram a ser cada vez mais “informatizados”, de modo que Zigmunt Bauman sustenta que, em numerosas situações de vigilância, eles passaram a ser reduzidos a dados (2013, p. 124). A vigilância do século XXI, ao estilo pan-óptico⁹, pressupõe um processo de eliminação da escolha (2013, p. 125), e é o que podemos ver com essa alteração legislativa objeto da presente pesquisa.

Toda essa questão da vigilância acarreta, para o filósofo polonês, o que ele denomina de adiaforização, que seriam ações isentas de avaliação ética por meios técnicos (BAUMAN; LYON, 2013, p. 124). Como consequência disso, os sistemas e

⁹ O princípio do pan-óptico é aquele em que é possível instalar nas pessoas o sentimento de constante vigilância sem necessariamente ver quem o vigia. O modelo do pan-óptico não estaria presente só na prisão, mas também em hospitais, escolas, fábricas, dentre outros locais.

processos de vigilância estar-se-iam divorciando de qualquer consideração de caráter moral (BAUMAN; LYON, 2013, p. 15), priorizando-se a tutela nacional da segurança em detrimento de questões individuais atinentes ao indivíduo.

Assim, por meio da Lei 12.654/2012 restou assente a primazia do controle estatal. A ordem pública passou a se sobrepor aos direitos individuais de pessoas investigadas ou condenadas.

1.2 A DICOTOMIA INTERESSE PÚBLICO E PRIVADO NO ÂMBITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Nesse momento, cabe analisar o conflito entre os interesses públicos e privados em nosso sistema jurídico quanto à incidência dos direitos fundamentais. Por primeiro, é importante destacar que, em uma perspectiva de Constitucionalização do Direito, tema que será trabalhado no capítulo seguinte, quando se tratará da Constitucionalização do Direito Civil, há uma aproximação entre o direito público e o privado, gerando um quadro nebuloso e difícil de ser delineado, a partir do momento em que a Constituição passa a ser o fundamento axiológico de todo o sistema jurídico. Como consequência desse fenômeno, há a releitura das normas e institutos de direito privado sob o filtro constitucional, bem como se reconhece a incidência de direitos fundamentais na seara das relações privadas, de modo que tais direitos deixaram de ser oponíveis apenas em face do Estado para serem questionados em relações eminentemente privadas. Há, portanto, uma evidente aproximação que dificulta a rígida diferenciação entre direitos público e privado.

Não obstante esse fato, ainda há situações em que se observa um conflito fundado entre interesses públicos e privados. É o caso em estudo na presente pesquisa em que o interesse público de segurança pública e diminuição da criminalidade é utilizado como fundamento à restrição do direito à privacidade de dados genéticos de pessoas investigadas e condenadas.

Segundo Daniel Sarmento, esse conflito atual existente na legislação brasileira, em que se ressuscita as “razões de Estado” como obstáculo intransponível para o exercício dos direitos fundamentais, pode ser entendido dentro do contexto atual do mundo desde o 11 de setembro, a partir do qual a exacerbação do discurso de segurança passou a assediar a defesa da liberdade (2007, p. 27-28).

Reconhecida a existência de conflitos, a doutrina se divide como se daria a resolução dos mesmos. Parte dela (SARMENTO, 2007, p. 23) sustenta que o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular não seria adequado, especialmente em virtude do modelo constitucional adotado, fundado na dignidade da pessoa humana. Inclusive, há aqueles que contestam a própria existência do referido princípio (ÁVILA, 2007, p. 172).

No entanto, ainda persistem outros, como Celso Antônio Bandeira de Mello, que não apenas defendem ser a supremacia do interesse público “resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade” (2003, p. 53), como também afirma que:

Trata-se de um verdadeiro axioma (...). Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados. (MELLO, 2003, p. 60).

Ocorre que, em uma perspectiva de Estado Democrático de Direito, em que o Estado é uma instituição forjada para a proteção dos direitos dos cidadãos e promoção dos direitos humanos, não há mais espaço para a resolução de conflitos baseando-se em um princípio que determina a sujeição completa do indivíduo ao poder e interesse estatais. Nesse sentido:

(...) a cosmovisão subjacente aos princípios em debate apresenta indisfarçáveis traços autoritários, que não encontram respaldo numa ordem constitucional como a brasileira, em cujo epicentro axiológico figura o princípio da dignidade da pessoa humana. Acrescente-se a isso a absoluta indeterminação do conceito de interesse público. (SARMENTO, 2007, p. 27).

Ainda segundo Sarmento, não deveríamos nos prender a extremismos, como a supremacia do interesse público sobre o privado, fundada no utilitarismo ou no organicismo, nem na tese da supremacia incondicionada dos direitos individuais sobre os da coletividade, amparada em um individualismo marcante. O correto e adequado, em termos constitucionais, seria a adoção de ponderação equilibrada entre tais interesses antagônicos, pautando-se, para tanto, no princípio da proporcionalidade. É o que ele denomina de adoção de uma concepção personalista (2007, p. 52).

Com efeito, o organicismo, utilizado como fundamento da supremacia do interesse público, seria uma teoria moral, em oposição ao individualismo (BOBBIO, 1994, p. 45) em que se prioriza o Estado e a comunidade política em detrimento do indivíduo. O intento é a realização dos fins coletivos, de modo que os cidadãos que compõem a coletividade se assemelhariam a órgãos dentro do corpo humano. Por meio dessa teoria, justifica-se o tratamento diferenciado de alguns indivíduos que, como diferentes órgãos, seriam desiguais, mas serviriam ao “todo”, que seria representado pelos interesses da coletividade e do Estado.

O organicismo, uma vez que confere preponderância aos interesses coletivos em quaisquer circunstâncias, desconsidera o valor e a dignidade conferidos a cada ser humano. Dessa forma, ele “se revela absolutamente incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana, (...) que se baseia no reconhecimento do valor fundamental da autonomia pública e privada do cidadão” (SARMENTO, 2007, p. 57).

De igual modo, o utilitarismo, professado por Adam Smith, Stuart Mill e Jeremy Bentham, dentre outros, também utilizado como fundamento dessa prevalência dos interesses públicos em detrimento dos particulares, também desconsidera a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, Oscar Vilhena Vieira salienta que: “(...) se quisermos “levar os direitos a sério”, na expressão de Dworkin, pouco podemos esperar do utilitarismo, uma vez que a agregação de utilidade, e não o reconhecimento da dignidade, é que constrói sua razão última” (2001, p. 26).

Essa teoria defende que a melhor direção nos interesses na sociedade é aquela que promove o bem-estar e a felicidade do maior número de pessoas. Assim, a solução que for mais útil à maior gama de indivíduos do todo coletivo é aquela que deve ser aceita e adotada pelos governantes.

Essa posição entra em conflito com a concepção de direitos fundamentais como um padrão mínimo de dignidade assegurado ao homem e que deve não apenas ser respeitado como também assegurado pelo Estado, ainda que em conflito com o que a maioria quer, pensa ou deseja. Assim, para o utilitarismo, os direitos fundamentais apenas poderiam ser respeitados quando estivessem em conformidade com o bem-estar geral da maioria da coletividade, concepção que vai de encontro ao que disposto na Constituição Federal que assegura proteção aos direitos fundamentais “mesmo quando contrariem os interesses da maioria dos membros da coletividade” (SARMENTO, 2007, p. 62).

É por isso que, diante de uma Constituição que tem seu fundamento na pessoa humana, impõe-se a adoção de uma concepção personalista que, diante de um conflito entre diversos interesses constitucionais, adote a ponderação dos interesses em jogo. Para tanto, restringe-se um direito fundamental por meio da proporcionalidade, preservando-se outros bens jurídicos, também revestidos de idêntica proteção constitucional (ALEXY, 2011, p. 172).

Nesse sentido, não se pode sustentar a prevalência do interesse público sobre o privado ou vice-versa. Quando se defende a preponderância de um interesse sobre o outro, é eliminada qualquer possibilidade de sopesamento, o que afasta a aplicação da proporcionalidade.

Dessa forma, o critério a ser utilizado na resolução de conflitos como o presente, em que se contrapõem interesses coletivos de segurança pública e interesses individuais de proteção à privacidade, à intangibilidade corporal, dentre outros, deve se pautar na ordem constitucional vigente, que tem como princípio fundante a dignidade da pessoa humana. Não há mais espaço para a preponderância absoluta dos interesses públicos em detrimento do valor conferido ao indivíduo.

Em uma perspectiva de Constitucionalização do Direito, não se concebe o ordenamento jurídico dividido entre direito público e direito privado, mas como um todo único cuja base principiológica são os valores conferidos à pessoa humana, que devem pautar a resolução de conflitos existentes. Assim, como Miguel Reale nos ensina, é a pessoa, e não o Estado, o valor-fonte do ordenamento jurídico (1990, p.59).

1.3 DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO DELITO

O crime acarreta diversas consequências jurídicas, que podem ser penais ou extrapenais. Como consequências jurídicas específicas do crime, de natureza penal, a doutrina aponta a pena e a medidas de segurança. Dentre elas, a pena é não apenas a mais comum, como a principal consequência do delito, como assevera doutrina espanhola:

La pena es la más antigua de las consecuencias jurídicas del delito y también la más importante, tanto cuantitativa como cualitativamente (...).Materialmente la pena consiste, en efecto, en una privación o

restricción de bienes jurídicos o derechos del penado¹⁰. (MARTÍN; PASAMAR; DOBÓN, 2012, p 466-467)

A pena surge como resposta estatal ao crime cometido e, dessa forma, tem como pressuposto a culpabilidade do condenado. Assim, a punição conferida ao criminoso expressa a reprovação correspondente à realização da sua vontade pessoal ilegal. Já em relação às medidas de segurança, elas não têm como pressuposto a culpabilidade, mas sim a periculosidade do agente. Nesse sentido, analisa-se a capacidade de disposição do indivíduo em voltar a delinquir, procurando-se eliminar ou, pelo menos, diminuir sua propensão a cometer atos puníveis.

Assim, a pena tem como pressuposto a culpabilidade, de modo de que será aplicada aos inimputáveis e semi-imputáveis não perigosos que praticaram um fato típico, ao qual se comina pena. Quanto às medidas de segurança, elas serão aplicadas aos inimputáveis e aos semi-imputáveis que demonstram periculosidade, em resposta a um fato típico penal.

Depreende-se, então, que, em um sentido material, tanto a pena como a medida de segurança, como consequências legais especificamente criminais, têm caráter pessoal, ou seja, só podem ser aplicadas à pessoa que fez o ato gatilho da consequência como resposta (MARTÍN; PASAMAR; DOBÓN, 2012, p 4812-4815). Com efeito, elas consistem em instrumentos práticos de ação sobre o sujeito que é responsável pelo ato punível por tê-lo feito por si mesmo, não podendo atingir terceiros. Decorre daí o princípio da intranscendência da pena, pelo qual a pena não pode passar da pessoa do condenado, previsto no artigo 5º, XLV da CF¹¹.

Além desse caráter de pessoalidade, as penas, nas palavras de Sérgio Salomão Shecaira, devem “ser proporcionais ao mal causado” (2014, p. 47-48). Destarte, apenas dentro dos limites de uma justa retribuição é que se justifica a sanção penal (SHECAIRA; CORRÊA JR. 2002, p. 131). Nesse sentido, a punição estatal perde a conotação de vingança social, passando a vigor um princípio limitativo de acordo com o qual o delito perpetrado deve operar como fundamento e limite da pena, de modo a esta ser proporcional à magnitude do injusto e da culpabilidade, não atingindo terceiros.

¹⁰ A pena é a mais antiga das consequências legais do crime e também a mais importante, quantitativa e qualitativamente (...) Materialmente, a pena consiste, de fato, em uma privação ou restrição de direitos legais ou direitos do prisioneiro. (MARTÍN; PASAMAR; DOBÓN, 2012, p 466-467, tradução nossa).

¹¹ Artigo 5º, XLV, Constituição da República Federativa do Brasil. Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido. (BRASIL, 1988).

Diante do panorama acima apontado, muitos juristas se questionam quanto à constitucionalidade das alterações promovidas pela Lei 12.654/2012 que determinou a submissão obrigatória à identificação de perfil genético de pessoas condenadas em crimes hediondos. Por primeiro, argumentam se haveria proporcionalidade na medida, como consequência jurídica da condenação, em relação aos tipos penas violados, como por exemplo, a adulteração de substância medicamentosa, crime hediondo mas que não deixa vestígios.

Outra questão levantada é a respeito do caráter pessoal da consequência jurídica do delito. Como será mais bem explicado no capítulo 3, o material genético, além de conter dados personalíssimos do indivíduo, indica toda a cadeia genética familiar e acaba por expor não apenas o indivíduo apenado como também toda a sua família. Problemas genéticos, predisposição a doenças e diversos outros fatores familiares poderão ser encontrados em bancos de dados estatais que, como visto acima, já têm destinação diversa da identificação criminal e passaram, por simples decreto, a serem utilizados para a localização de crianças desaparecidas.

Diante da recusa do condenado em colaborar com Administração Criminal quanto ao fornecimento do material genético, o Ministério Público Federal sustenta não haver violação à dignidade do indivíduo quanto à submissão obrigatória à identificação de perfil genético, em razão de ser utilizada técnica indolor, bem como pela necessidade de repressão criminal (BRASIL, PGR, 2017).

Muitos vêem nessa nova disciplina um retorno ao domínio Estatal sobre o corpo do condenado que se tornava coisa do rei, sobre a qual o soberano imprimia sua marca e deixava cair os efeitos de seu poder. Havia, naquela época, um simbolismo na aplicação de penas cruéis como decaptação, esquartejamento, dentre outras: a população se tornava temerosa e o suplício, observado por todos, acabava por cumprir sua função de prevenção geral negativa da pena.

Nesse sentido, para Foucault, ainda persistiria uma relação entre pena e castigo corporal, muito embora de um modo diverso: saíam os suplícios e passou-se a adotar a restrição e interdição de direitos do condenado:

Mas a relação castigo-corpo não é idêntica ao que ela era nos suplícios. O corpo encontra-se aí em posição de instrumento ou de intermediário; qualquer intervenção sobre ele pelo enclausuramento, pelo trabalho obrigatório visa privar o indivíduo de sua liberdade considerada ao mesmo tempo como um direito e como um bem. Segundo essa penalidade, o corpo é colocado num sistema de coação e

de privação, de obrigações e de interdições. (FOUCAULT, 1999, p. 15).

No que tange às consequências jurídicas do delito, existem, ainda, os efeitos secundários, que podem ter natureza penal ou extrapenal. De fato, quando do cometimento de um delito, pode haver situações diversas que, muito embora não sejam relevantes na seara criminal, têm significado e transcendência em outras áreas jurídicas. Assim, tais correspondentes ao delito em outras áreas suportam outras consequências jurídicas específicas que não têm natureza ou finalidade criminal e que devem ser aplicadas para que o evento ocorrido tenha um tratamento jurídico completo (MARTÍN; PASAMAR; DOBÓN, 2012, p. 4825-4828).

Como exemplo de efeitos secundários penais, pode-se destacar o aumento do prazo da prescrição da pretensão executória quando caracterizar a reincidência¹². Por sua vez, são efeitos secundários extrapenais a obrigação de indenizar o dano¹³, o confisco¹⁴, a incapacidade para o exercício do poder familiar, tutela ou curatela, como efeito no âmbito civil¹⁵. Tais efeitos podem se dar no âmbito administrativo, como sucede na perda do cargo ou função pública, bem como na inabilitação para condução de veículos.

Cabe frisar que os efeitos extrapenais podem ser genéricos ou automáticos, como ocorre na reparação civil e no confisco. Assim, eles independem de declaração expressa na sentença condenatória e atingem todos que praticarem um delito, sem distinção.

Dessa forma, depreende-se que as consequências acessórias do delito são aquelas aplicáveis aos fatos jurídicos não criminais que são, eventualmente, realizados em conjunto com o ato punível. Esses fatos não penais são concebidos como uma

¹² Artigo 110, Código Penal. A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente. (BRASIL, 1940).

¹³ Artigo 91, Código Penal. São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; (BRASIL, 1940).

¹⁴ Artigo 91, Código Penal. São efeitos da condenação: II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso. (BRASIL, 1940).

¹⁵ Artigo 92, Código Penal. São também efeitos da condenação: II - a incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela nos crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão cometidos contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar, contra filho, filha ou outro descendente ou contra tutelado ou curatelado; (BRASIL, 1940).

realização ilegal de uma ação ou omissão criminalmente típica e que estejam relacionadas a ela de maneira acessória.

Nesse sentido, a doutrina espanhola esclarece que as consequências acessórias do delito não seriam acessórias à penalidade ou à medida de segurança, mas que seu caráter de acessoriedade derivaria do caráter acessório que elas têm em relação ao crime (como um fato típico e ilegal) as suposições de fato que os baseiam (MARTÍN; PASAMAR; DOBÓN, 2012, p. 4849-4852).

Com efeito, diante das restrições de direitos determinadas pela lei 12.654/2012, tais como perda de autonomia sobre o direito a consentimento, violação à privacidade de dados genéticos, intangibilidade corporal, dentre outros, poder-se-ia conceber tais inovações como consequências jurídicas acessórias do delito?

A lei 7.210/84, Lei de Execução Penal, é precisa, nos artigos 40¹⁶ e 41¹⁷ a enumerar os direitos dos presos e, dentre eles, ela assegura a intangibilidade física e moral dos presos provisórios e definitivos. Assim, ainda que haja previsão na própria LEP que haveria a submissão obrigatória à identificação de perfil genético em caso de recusa do condenado preso, o que poderia ser entendido como consequência acessória do delito cometido, há um aparente conflito com o explicitado na parte de direito do preso, que menciona a dignidade corporal e moral dos submetidos a custódia.

Ademais, mesmo em relação às consequências acessórias do delito, Boldova Passamar é enfático que a culpabilidade é pressuposto da medida:

De acordo com a tese que defendo com caráter geral, a culpa é a base e a medida, e portanto o requisito necessário, de qualquer "sanção", mesmo que não tenha o caráter de penalidade penal. (...) Como já foi dito, somente as consequências que têm sua base e medida, conforme o caso, em culpabilidade ou periculosidade criminoso, e como estas

¹⁶ Artigo 40, Lei de Execução Penal. Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios. (BRASIL, 1984).

¹⁷ Artigo 41, Lei de Execução Penal. Constituem direitos do preso: I - alimentação suficiente e vestuário; II - atribuição de trabalho e sua remuneração; III - Previdência Social; IV - constituição de pecúlio; V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado; X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XI - chamamento nominal; XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento. (BRASIL, 1984).

são completamente não relacionadas às suposições factuais, podem ter natureza e propósito criminosos¹⁸. (MARTÍN; PASAMAR; DOBÓN, 2012, p. 4868-4871, tradução nossa).

Destarte, uma vez que o material genético do condenado não revela apenas traços pessoais como também de toda a cadeia familiar, constata-se que se revela ausente a culpabilidade como pressuposto da medida determinada pela Lei 12.654/2012, uma vez que apenas o condenado cometeu a infração penal e deve ser punido pelo crime perpetrado. Dessa forma, não se sustenta a justificativa da submissão obrigatória à identificação de perfil genético como sendo consequência jurídica secundária do delito. A ausência de culpabilidade de membros da família do indivíduo condenado e que tem toda a sua herança genética familiar exposta não autoriza classificar a alteração legal realizada como efeito jurídico do crime.

Nesse sentido, é preciso estabelecer o limite da imposição de uma norma infraconstitucional, no caso da Lei de Execuções Penais com a alteração realizada em 2012, como restrição a direitos garantidos constitucionalmente, quais sejam, direito à intangibilidade corporal, autonomia individual e dignidade da pessoa humana. Afinal, no embate de normas, parece-nos claro que deva prevalecer a Lei Maior. Nos dizeres de Ada Pellegrini Grinover:

(...) a dicotomia defesa social/direitos de liberdade assume freqüentemente conotações dramáticas no juízo penal; e a obrigação de o Estado sacrificar na medida menor possível os direitos da personalidade do acusado transforma-se na pedra de toque de um sistema de liberdades públicas. (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 1999, p. 128).

De fato, a punição, diferentemente do sistema de penas cruéis outrora vigente, vai se tornando a parte mais velada do processo penal, o que provoca inúmeras consequências. A punição estatal deixa o campo da percepção quase diária e passa para o da consciência abstrata (FOUCAULT, 1999, p. 13). A força estatal se volta para uma restrição cada vez maior de direitos das pessoas condenadas. Nesse sentido, colaciono:

¹⁸ Conforme a la tesis que defiende con carácter general, la culpabilidad es fundamento y medida, y por ello requisito necesario, de toda “sanción” aunque no tenga el carácter de pena criminal. Lo decisivo para la determinación de la naturaleza de una consecuencia jurídica es la composición y la estructura del supuesto de hecho de su aplicación, es decir, los elementos que lo constituyen y le dan el significado jurídico específico y diferenciado que fundamenta la consecuencia y, en cierto modo, predetermina la finalidad específica de ella. Como ya ha quedado dicho, sólo pueden tener naturaleza y finalidad penales las consecuencias que tienen su fundamento y medida, según el caso, en la culpabilidad o en la peligrosidad criminal, y como éstas son completamente ajenas a los supuestos de hecho. (MARTÍN; PASAMAR; DOBÓN, 2012, p. 4868-4871).

Se não é mais ao corpo que se dirige a punição, em suas formas mais duras, sobre o que, então, se exerce? A resposta dos teóricos — daqueles que abriram, por volta de 1780, o período que ainda não se encerrou — é simples, quase evidente. Dir-se-ia inscrita na própria indagação. Pois não é mais o corpo, é a alma. (FOUCAULT, 1975, P. 20).

Ademais, esse controle estatal, ao mesmo tempo amplo e sutil, dos indivíduos presos pode configurar um retorno à biologia criminal dos tempos de Lombroso¹⁹, uma vez que abre um perigoso caminho para criminosos e famílias inteiras estigmatizadas. A utilização de bancos de dados genéticos de condenados para fins diversos, como autorizado por um simples decreto do Poder Executivo, pode ensejar a criação de um perfil genético de criminosos que poderia findar com a criação de um paradigma de que o criminoso ou sua família possuem traços que indicam sua criminalidade.

Isso seria um grave retrocesso uma vez que, no atual estágio do Direito, vigem os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana, não sendo mais possível se conceber estereótipos, genéticos ou não, a respeito de pessoas criminosas. Ressalte-se, ainda, que há o princípio da presunção de inocência que também não permite reducionismos do direito penal a estigmatizações como essas. Neste particular, foi destacado na audiência pública realizada no STF que, no banco de dados genéticos do Ministério da Justiça, há o dobro de perfis genéticos de negros em relação a brancos, o que evidencia esse grave risco (BRASIL, STF, 2017).

Assim, imprescindível analisar a constitucionalidade das medidas criadas pela legislação de 2012. A dignidade da pessoa humana será o parâmetro e medida a fim de analisar se a restrição da privacidade, dentre outros direitos, de pessoas condenadas, é justificável ante a necessidade de segurança pública em nossa sociedade.

1.4 DA COLISÃO ENTRE SEGURANÇA PÚBLICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA APLICABILIDADE DA PROPORCIONALIDADE

Não há direitos ou prerrogativas absolutas. Entretanto, qualquer mitigação de direitos deve ser proporcional, justificada e controlada. Nesse sentido, estando em

¹⁹ Cesare Lombroso foi um famoso autor de Criminologia e sua principal contribuição foi a teoria sobre o “homem delinquente”. Em apertada síntese, o autor fez diversos estudos e, a partir deles, constatou que entre os homens e cadáveres pesquisados existiam características em comum, físicas e psicológicas, que o fizeram crer que eram próprias da criminalidade.

discussão o dever do Estado de garantir a efetivação de direitos fundamentais dos cidadãos, revela-se necessário que se determine o justo equilíbrio entre o direito à segurança e o direito à privacidade do indivíduo. As restrições que sejam impostas a um e ao outro são realizadas em nome da necessidade de garantia do outro direito constitucionalmente assegurado. Nesse sentido, Catarina Sarmento e Castro é precisa:

(...) trata-se de encontrar o equilíbrio entre o direito à autodeterminação informativa e o direito à segurança, o que não deixa de ser a procura da harmonia entre a liberdade individual (neste caso, essencialmente informática) e a segurança: a primeira, sem a segunda, gera o caos e a anarquia, a segunda, sem a primeira, conduzirá à construção de Estados totalitários. (CASTRO, 2003, p. 24).

Acolhendo esse entendimento de se procurar uma proporcionalidade na adoção de uma solução para esse conflito, o Conselho da Europa editou a Recomendação R(87) 15, a fim de regular a utilização de dados pessoais no âmbito policial, indicando a necessidade “de conciliar, de um lado, o interesse da sociedade na prevenção e repressão das infrações penais e na manutenção da ordem pública e, do outro lado, os interesses do indivíduo e o direito ao respeito pela sua vida privada” (CONSELHO DA EUROPA, 1987)

É por essa razão que a referida autora portuguesa defende que o uso de dados pessoais para fins policiais apenas teria lugar de forma pontual, em hipóteses de perigo concreto ou para reprimir uma infração penal determinada (CASTRO, 2003, p. 25). Assim, tendo em vista que a restrição ao direito de privacidade, intangibilidade corporal e vedação à autoincriminação, o uso de dados deveria ser restringido ao acesso tão-somente dos dados necessários, não sendo possível a criação de mecanismos de controle de uma parcela indiscriminada da população ou em função de uma ampla variedade de crimes.

Como solução para esse conflito, que, em essência, diz respeito ao direito das pessoas, não se pode, como asseverado no item 1.2, promover o completo aniquilamento de um deles. Seria uma solução simplista em que se privilegiaria ou o interesse público ou o privado. Não há, portanto, uma hierarquização prévia de interesses que devem ser protegidos.

Nesse sentido, não se pode acolher no presente caso a visão liberal de Dworkin a qual, afirmando que os direitos valeriam como “trunfos”, prevalecendo sempre diante de quaisquer interesses da comunidade, de modo que não poderiam ser sopesados com

as diretrizes políticas. Assim, no presente caso, em que a segurança pública tornou-se uma questão política de interesse da comunidade, os direitos de tutela da personalidade do indivíduo condenado ou investigado não poderiam ser afastados por esse motivo ou, sequer, ponderados, apenas podendo sofrer mitigação em face de outros direitos (DWORKIN, 2001, p. 359).

Dessa forma, revela-se constitucionalmente possível a restrição de direitos fundamentais com base em interesse público (SARMENTO, 2007, p. 87), uma vez que eles não são absolutos e podem sofrer ponderação por meio do princípio da proporcionalidade. O caráter principiológico das normas de direitos fundamentais permite ao julgador e aplicador do Direito, solucionando o conflito no caso em concreto por meio de uma ponderação dos interesses em questão, acabar por estabelecer restrições (ALEXY, 2011, p. 85).

Com efeito, ao longo deste trabalho passaremos a analisar se a restrição aos diversos direitos fundamentais das pessoas condenadas ou investigadas em função da necessidade de resolução de crimes e repressão criminal é constitucional. Para tanto, utilizar-se-á da proporcionalidade em uma perspectiva eminentemente personalista, amparada na dignidade da pessoa humana.

1.5 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE GENOMA HUMANO E DIREITOS HUMANOS E DECLARAÇÃO INTERNACIONAL DE DADOS GENÉTICOS HUMANOS

Diante das novas questões éticas levantadas pela velocidade, algumas vezes surpreendente, do progresso no campo da engenharia genética, a UNESCO, em 1997, elaborou a Declaração Universal sobre Genoma Humano e Direitos Humanos, aprovada pela XXIX Conferência da UNESCO com a presença de 186 Estados. Constatou-se que, com o aprofundamento do conhecimento científico, inúmeros direitos humanos poderiam ser violados, ante a insuficiência das normas locais de proteção.

Assim, por meio da mencionada Declaração, houve a passagem da bioética²⁰ para o biodireito²¹, por meio de uma nova categoria de direitos humanos - a dos direitos

²⁰ Bioética é o estudo dos problemas e implicações morais despertados pelas pesquisas científicas em biologia e medicina. Ela abrange questões como a utilização de seres vivos em experimentos, bem como as implicações da pesquisa e da prática no campo da genética.

²¹ O biodireito regula as relações jurídicas entre o Direito e os avanços tecnológicos ligados à medicina e à biotecnologia, tendo uma atenção destacada ao corpo e à dignidade da pessoa humana.

do ser humano no campo da biologia e da genética (BARRETO, 1999, p. 405). Com efeito, por meio do direito ao patrimônio genético e a todos os aspectos de sua manifestação, objetivou-se preservar a autonomia e saúde do indivíduo. Neste particular, a Declaração tem por fundamentos a dignidade da pessoa humana e também o princípio bioético da autonomia individual, independentemente de suas características genéticas (BARRETO, 1999, p. 397).

Nesse sentido, ao assegurar ao indivíduo uma dignidade²² a ele imanente no que tange aos dados genéticos, cada sujeito é colocado na condição de titular de direitos sobre o genoma, sendo-lhe possível exigir o consentimento individual informado para permitir o acesso a esse bem (GEDIEL, 2000, p. 52). Assim, o artigo 5º²³ da Declaração, orientado pela noção de direito subjetivo, exige o consentimento informado do indivíduo para o acesso ao corpo humano. É o que a doutrina leciona:

O consentimento – elemento volitivo essencial à criação, modificação ou extinção dos vínculos jurídicos dos sujeitos a respeito de coisas – passa a figurar nos textos jurídicos acompanhado de atributos específicos (liberdade, esclarecimento e informação), sempre que se cuide de operacionalizar a vontade nas relações jurídicas a respeito do corpo humano. (GEDIEL, 2000, p. 53).

Em outro momento, no artigo 7º²⁴, a Declaração expressa sua preocupação com a privacidade dos dados genéticos, ao assegurar a proteção da confidencialidade. Assim, toda a matéria atinente ao genoma humano deverá ser interpretada visando sempre o livre desenvolvimento da personalidade, sendo proscrita sua utilização para fins ilícitos e abusivos que atinjam diretamente os direitos da personalidade (ECHTERHOFF, 2010, p. 185-186).

²² Artigo 2º, Declaração Universal sobre o Genoma Humano e Direitos Humanos. a) A todo indivíduo é devido respeito à sua dignidade e aos seus direitos, independentemente de suas características genéticas. b) Esta dignidade torna imperativa a não redução dos indivíduos às suas características genéticas e ao respeito à sua singularidade e diversidade. (UNESCO, 1997).

²³ Artigo 5º, Declaração Universal sobre o Genoma Humano e Direitos Humanos. a) A pesquisa, o tratamento ou o diagnóstico que afetem o genoma humano, devem ser realizados apenas após avaliação rigorosa e prévia dos riscos e benefícios neles implicados e em conformidade com quaisquer outras exigências da legislação nacional. b) Em qualquer caso, deve ser obtido o consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo envolvido. Se este não estiver em condição de fornecer tal consentimento, esse mesmo consentimento ou autorização deve ser obtido na forma determinada pela legislação, orientada pelo maior interesse do indivíduo. (UNESCO, 1997).

²⁴ Artigo 7º, Declaração Universal sobre o Genoma Humano e Direitos Humanos. Dados genéticos associados a indivíduo identificável, armazenados ou processados para uso em pesquisa ou para qualquer outro uso, devem ter sua confidencialidade assegurada, nas condições estabelecidas pela legislação. (UNESCO, 1997).

Com o objetivo de reafirmar os postulados já fixados em sede de Direitos Humanos, a UNESCO, em 2004, aprovou, por unanimidade, a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos. Logo em seu preâmbulo, ela é precisa sobre seus objetivos e interesses envolvidos:

(...) garantir o respeito da dignidade humana e a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais na recolha, tratamento, utilização e conservação dos dados genéticos humanos (...)

(...) Reconhecendo ainda que os dados genéticos humanos têm uma especificidade resultante do seu caráter sensível e podem indicar predisposições genéticas dos indivíduos (...); que esses dados podem ter um impacto significativo sobre a família, incluindo a descendência, ao longo de várias gerações (...)

(...) Sabendo que a recolha, o tratamento, a utilização e a conservação dos dados genéticos humanos podem acarretar riscos para o exercício e a observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais e para a dignidade humana. (UNESCO, 2004).

Destarte, em seu artigo oitavo²⁵, a Declaração de 2004 também condiciona o tratamento e coleta dos dados genéticos ao consentimento do indivíduo, ainda que sejam utilizados métodos não invasivos. E no artigo 12, ela expressamente menciona a questão da coleta em casos referentes a processos civis ou penais. Pela importância, será transcrita a seguir:

Quando são recolhidos dados genéticos humanos ou dados proteômicos humanos para fins de medicina legal ou de processos civis ou penais ou outras ações legais, incluindo testes de paternidade, a colheita de amostras biológicas in vivo ou post mortem só deverá ter lugar nas condições previstas pelo direito interno, em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos. (UNESCO, 2004).

Com efeito, ainda que se trate de processo penal, a submissão obrigatória à retirada de material genético do indivíduo apenas pode ser dar nas condições previstas na legislação interna do país e desde que respeitados os direitos humanos, ou seja, o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, para sabermos se as medidas

²⁵Artigo 8º, Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos a) O consentimento prévio, livre, informado e expresso, sem tentativa de persuasão por ganho pecuniário ou outra vantagem pessoal, deverá ser obtido para fins de recolha de dados genéticos humanos, de dados proteômicos humanos ou de amostras biológicas, quer ela seja efectuada por métodos invasivos ou não-invasivos, bem como para fins do seu ulterior tratamento, utilização e conservação, independentemente de estes serem realizados por instituições públicas ou privadas. Só deverão ser estipuladas restrições ao princípio do consentimento por razões imperativas impostas pelo direito interno em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos.(UNESCO, 2004).

instauradas pela Lei 12.654/2012 são constitucionais, devemos, antes, saber como outros tribunais de direitos humanos enfrentaram a questão, bem como saber como o tema é debatido no âmbito dos Tribunais Superiores em nosso país.

1.6 CASOS DECIDIDOS PELO TRIBUNAL EUROPEU SOBRE A COLETA FORÇADA DE MATERIAL GENÉTICO E MANUTENÇÃO DE BANCOS DE DADOS GENÉTICOS DO INDIVÍDUO

A questão da submissão forçada de indivíduos suspeitos ou investigados à coleta de seu material genéticos a fim de alimentar bancos de dados com finalidade de repressão e ou prevenção de crimes já foi enfrentada pela Corte Européia de Direitos Humanos, o Tribunal de Estrasburgo, uma vez que inúmeros países europeus já adotam esse sistema em suas legislações internas.

Nesse sentido, Stefano Rodotà esclarece que a União Européia tem buscado enfrentar essas situações de conflito com base na dignidade da pessoa humana, que inaugura sua Carta de Direitos Fundamentais²⁶, e na liberdade pessoal: “ (...) a Diretiva Européia n. 95/46/CE determinou que os diversos países elaborassem princípios e regras para a proteção dos dados pessoais, restringindo a atuação dos órgãos e/ou entidades na coleta de dados privados” (RODOTÀ, 2008, p. 9).

Assim, nos casos levados a julgamento, a Corte aplicou não apenas o artigo 7º²⁷ da Carta de Direitos Fundamentais da União Européia, que trata da proteção à vida privada, mas especialmente o artigo 8º²⁸, que cuida da proteção dos dados pessoais. Tais previsões normativas se relacionam diretamente com a dignidade da pessoa humana, que o artigo 1º declara ser inviolável. Com efeito, a proteção dos dados pessoais, o “corpo eletrônico” do indivíduo, contribui não apenas para a constitucionalização da pessoa, mas também se tornou uma ferramenta para o livre desenvolvimento da personalidade, assegurando a cidadania do terceiro milênio (RODOTÀ, 2008, p. 17).

²⁶ Artigo 1º, Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia. A dignidade do ser humano É inviolável. Deve ser respeitada e protegida. (CONSELHO DA EUROPA, 2000).

²⁷ Artigo 7º, Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia. Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações. (CONSELHO DA EUROPA, 2000).

²⁸ Artigo 8º, Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia. 1.Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito.2.Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de acessar os dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva retificação.3.O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente. (CONSELHO DA EUROPA, 2000).

Nesse sentido, natural a decisão do Tribunal Europeu, no caso *Van der Vekden vs Holanda*, processo 29514, ao considerar uma invasão à privacidade do indivíduo a colheita por meio de esfregação de cotonete na parte interna da bochecha: “(...) as far as the taking of a mouth swab in order to obtain cellular material from the applicant is concerned, the Court accepts that this amounted to an intrusion on the applicant’s privacy”²⁹(UNIÃO EUROPEIA, TEDH, 2008). Entretanto, no mesmo julgado, muito embora tenha proscrito a submissão forçada ao fornecimento de material genético e tenha entendido que a manutenção de dados do DNA seria uma grave violação à privacidade, uma vez que podem revelar dados pessoais, entendeu justificada a existência de bancos de dados genéticos de condenados, sob o argumento da necessidade de prevenção e repressão criminais.

Em outra oportunidade, o Tribunal de Estrasburgo, quando julgava, nos processos 30562/2004 e 30566/2004, o caso *S. e Marper vs Reino Unido*, em que indivíduos questionavam a manutenção de seus perfis genéticos em bancos de dados estatais em razão de terem sido investigados por crimes, não obstante não tivesse havido qualquer condenação, assim se manifestou:

A esse respeito, a Corte se impressiona com a natureza geral e indiscriminada do poder de retenção na Inglaterra e no País de Gales. O material pode ser retido, independentemente da natureza ou gravidade da ofensa com a qual o indivíduo foi originalmente suspeito ou da idade do suspeito; (...) amostras podem ser tiradas - e retidas - de uma pessoa de qualquer idade, presas em conexão com um delito gravável, que inclui delitos menores ou não aprisionáveis³⁰. (UNIÃO EUROPEIA, TEDH, 2008, tradução nossa).

Assim, firmou o entendimento que a manutenção de dados genéticos de pessoas não condenadas viola o direito à privacidade uma vez que a retenção mencionada constitui uma ingerência desproporcionada nos dados pessoais de pessoas

²⁹ (...) no que diz respeito à obtenção de um cotonete para obter material celular do requerente, o Tribunal admite que tal implicaria uma intrusão na privacidade do requerente. (UNIÃO EUROPEIA, TEDH, 2008, tradução nossa).

³⁰ Al examinar si la conservación permanente de huellas dactilares y de datos de ADN de todas las personas sospechosas pero no condenadas se funda en motivos pertinentes y suficientes⁵⁵, el TEDH declara que lo que le llama la atención es el carácter general e indiferenciado del poder de conservación en vigor en Inglaterra y el País de Gales, ya que no han sido fijadas modalidades de tratamiento distintas en función de la naturaleza o gravedad de las infracciones, ni límites en el tiempo para la conservación de los datos, ni suficientes vías para solicitar la destrucción de los datos de las personas absueltas, ni control independiente de la justificación de la conservación, basado en criterios precisos. (UNIÃO EUROPEIA, TEDH, 2008).

meramente suspeitas e não pode ser considerada necessária em uma sociedade democrática:

(...) o Tribunal considera que o carácter geral e indiscriminado dos poderes de conservação das impressões digitais, das amostras celulares e dos perfis de ADN das pessoas suspeitas mas não condenadas por infracções, tal como aplicado no caso dos presentes requerentes, não produz efeitos um justo equilíbrio entre os interesses públicos e privados concorrentes e que o Estado demandado ultrapassou qualquer margem aceitável de apreciação a esse respeito³¹. (UNIÃO EUROPÉIA, TEDH, 2008, tradução nossa).

De fato, segundo Rodotà, as restrições ou limitações aos direitos fundamentais somente podem ser admitidas se determinadas condições específicas forem obedecidas, e não apenas com base na análise balanceada de interesses (2008, p. 18).

Essa é a razão pela qual o artigo 51 da Carta de Direitos da União Européia declara que “qualquer limitação do exercício dos direitos e liberdades reconhecidos por esta Carta deve ser revista por lei e deve respeitar a essência destes direitos e liberdades (CONSELHO DA EUROPA, 2000). Dessa forma, uma restrição a um direito fundamental de um indivíduo apenas pode se dar para fins específicos, desde que mantida a essência do direito em questão. No caso em apreço, a Corte assim se manifestou:

O Tribunal observa, no entanto, que os perfis contêm quantidades substanciais de dados pessoais únicos. Embora as informações contidas nos perfis possam ser consideradas objetivas e irrefutáveis no sentido apresentado pelo Governo, seu processamento por meios automatizados permite que as autoridades vão além da identificação neutra. A Corte observa a este respeito que o Governo aceitou que os perfis de DNA poderiam ser, e de fato foram em alguns casos, usados para pesquisa familiar com o objetivo de identificar uma possível relação genética entre indivíduos. Eles também aceitaram a natureza altamente sensível de tais buscas e a necessidade de controles muito rigorosos a esse respeito³². (UNIÃO EUROPÉIA, TEDH, 2008, tradução nossa).

³¹ En conclusión, el TEDH estima que el carácter general e indiferenciado del poder de conservación de las huellas dactilares, muestras celulares y perfiles de ADN de las personas sospechas pero no condenadas no refleja un justo equilibrio entre los intereses públicos y privados en juego y que el Estado defensor ha sobrepasado cualquier margen de apreciación aceptable en la materia. (UNIÃO EUROPEIA, TEDH, 2008).

³² Por lo que se refiere a los perfiles de ADN, que consisten en datos numéricos almacenados en soporte electrónico, el Tribunal admite que contienen menor cantidad de datos que las muestras celulares, centrando su atención en el hecho de que, a pesar de todo, el tratamiento automatizado de perfiles de ADN permite ir mucho más allá de una identificación neutra del individuo, permitiendo en concreto que se efectúen investigaciones familiares con el objeto de descubrir un eventual vínculo entre individuos. Según

Assim, diante da possibilidade de violação da privacidade familiar e da natureza sensível desses dados, ficou nítida a razão pela qual o Tribunal de Estrasburgo entendeu não apenas abusiva a submissão forçada ao fornecimento de perfil genético por esfregão bucal, como também considerou incompatível com a Carta de Direitos Fundamentais a manutenção de dados genéticos de pessoas meramente investigadas sob controle estatal.

A jurisprudência internacional é forte no sentido de que a proteção dos dados genéticos é uma expressão da liberdade e dignidade dos indivíduos. Não permite, portanto, nas situações acima elencadas, que a necessidade de repressão criminal transforme uma pessoa em um mero objeto sob vigilância constante.

1.7 CASOS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE A COLETA FORÇADA DE DADOS GENÉTICOS E AUTOINCRIMINAÇÃO

O Supremo Tribunal Federal ainda não emitiu, sequer, uma decisão liminar sobre a constitucionalidade da Lei 12.654/2012. Apenas foi admitida sua repercussão geral, por unanimidade do colegiado, bem como foi realizada, em 25 e 26 de maio de 2017, audiência pública com especialistas nacionais e internacionais na matéria e doutrinadores de renome quanto ao tema em discussão.

O Ministério Público, muito embora reconheça haver alguma intromissão na esfera privada do indivíduo condenado ou investigado, opinou pelo desprovimento do recurso ao argumento de não haveria inconstitucionalidade da referida legislação por não violar a autoincriminação ou dignidade da pessoa (BRASIL, PGR, 2017). O Recurso Extraordinário encontra-se, no momento, concluso para julgamento.

Assim, ausente qualquer decisão do STF, objetiva-se, nesse tópico, pesquisar o entendimento de nossa Suprema Corte acerca da submissão obrigatória do indivíduo ao fornecimento de dados genéticos. Quanto ao uso forense da bioinformação, destacam-se

el TEDH, el hecho de que los perfiles de ADN proporcionen un medio de descubrir las relaciones genéticas entre individuos es, en sí, un hecho suficiente para concluir que su mera conservación interfiere con el derecho al respeto de la vida privada²⁹. Además, el tratamiento de dichos perfiles también ofrece la posibilidad de inferir informaciones respecto Del origen étnico de los individuos, lo que convierte su conservación en especialmente sensible y susceptible de atentar contra el derecho al respeto de la vida privada, tal y como refleja la protección especial prevista para los datos de este tipo. (UNIÃO EUROPEIA, TEDH, 2008).

o caso Gloria Trevi, bem como o da condução do suposto pai, debaixo de vara, para realizar exame de paternidade.

Quanto, à obrigatoriedade de realização de exame de DNA para se aferir a paternidade, diante de ordem judicial para a condução do réu sob vara, o investigado sempre sustentou constrangimento e violação de diversos princípios constitucionais como privacidade e dignidade da pessoa humana, incluindo a intangibilidade do corpo humano.

Nessas hipóteses, questiona-se se o investigado teria violados seus direitos fundamentais ao ser obrigado a fornecer o perfil genético, uma vez que, do outro lado, o investigador, autor da demanda, é portador do mesmo direito à dignidade humana e teria, de igual forma, seus direitos violados, uma vez impossibilitado de conhecer sua paternidade biológica em razão da conduta omissiva do investigado.

Observa-se que essa situação diverge, frontalmente, do RE 973.837/MG, uma vez que, ao invés de uma oposição dignidade humana *versus* segurança pública, o investigador tem afetados direitos fundamentais do mesmo patamar de importância, se não maior, como o direito ao autoconhecimento de identidade pessoal, ascendência genética, igualdade entre filhos, paternidade responsável, direito ao respeito, melhor interesse e proteção integral (AHMAD, 2010, p. 111).

Quanto à proteção da criança, a constitucionalização do Direito da Criança funda-se em dois aspectos principais: “o quantitativo relacionado à posituação de direitos fundamentais exclusivos de crianças e adolescentes, que se somam aos demais direitos fundamentais dos adultos; e o qualitativo, relacionado à estruturação peculiar do direito material de crianças e adolescentes” (SPOSATO, 2011, p. 654). Dessa forma, nos deparamos com princípios constitucionais do Direito da Criança e do Adolescente, cujo ponto de partida é a proteção integral, figurando como linha mestra que reúne e harmoniza todos os demais princípios em um conjunto (SPOSATO, 2011, p. 660).

No HC 71.373-4, mesmo com toda a proteção constitucional conferida à criança e adolescente, o STF entendeu pela impossibilidade de condução do investigado debaixo de vara, acolhendo a precedência, em tais situações, da intangibilidade do corpo, privacidade e dignidade da pessoa humana do réu:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA -
CONDUÇÃO DO RÉU "DEBAIXO DE VARA". Discrepa, a mais
não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas -
preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade

do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos. (BRASIL, STF, 1996).

Já no caso Gloria Trevi³³, no qual a privacidade se contrapunha à honra e imagem da Polícia Federal, o Pretório Excelso autorizou que fosse realizado exame de DNA na placenta da extraditanda, pois entendeu que o esclarecimento da verdade quanto à participação de policiais em suposto estupro maculava a imagem da própria Polícia Federal. Cabe frisar que, na decisão, salientou-se a preservação da integridade física e da privacidade da custodiada e de seu filho, haja vista a extração de DNA da placenta após o parto, material que, não obstante seja orgânico, seria descartado pelo hospital (BRASIL, STF, 2002).

Segundo Anderson Schreiber, o uso da placenta, autorizado pelo Supremo Tribunal Federal, evitou a realização do fornecimento do perfil genético “debaixo de vara”, medida esta repelida pela jurisprudência da Corte (2013, p. 41). Nesse ponto, é importante ressaltar que o STF, em nenhum momento, autorizou a extração de material genético da extraditanda (e investigada) em atenção à intangibilidade corporal da mesma, ainda que presente interesse público na resolução da controvérsia acerca da paternidade de seu filho.

Por fim, ainda que não se refira à submissão de fornecimento de material genético, cabe, nesse momento, revisitar a jurisprudência quanto ao bafômetro e sua utilização compulsória, uma vez que essa discussão perpassa pela impossibilidade de autoincriminação, um dos argumentos contrários utilizados pela doutrina que defende a inconstitucionalidade da Lei em comento.

Assim, importante destacar que o princípio da ampla defesa é uma garantia fundamental insculpida no art. 5º, incisos LV e LXIII³⁴, da CF/88. A ampla defesa

³³ Caso de grande repercussão da mídia em que uma extraditanda, a cantora mexicana Gloria Trevi, custodiada na Polícia Federal e sem direito a visitas íntimas, surge grávida, acusando policiais federais de estupro. Como ela se recusava a indicar quem seria o estuprador e a fazer exame de DNA, a Polícia Federal teve que instaurar investigação em relação a todos os agentes que trabalhavam no local, de modo que a imagem da própria Polícia Federal restaria abalada sem o deslinde da controvérsia.

³⁴ Art. 5º, Constituição Federal. LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado. (BRASIL, 1988).

abrange tanto a defesa técnica, exercida por advogado ou defensor público, como também a autodefesa, exercida pelo próprio réu. Por conta da autodefesa, o réu não é obrigado a se autoincriminar.

Cabe ressaltar que o Pacto de San José da Costa Rica, que vige em nosso ordenamento jurídico com caráter supralegal³⁵, estabelece em seu art. 8º, inciso II, alínea “g”, que “toda pessoa tem direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”. É o princípio do *nemo tenetur se detegere*³⁶.

Isto posto, cabe ressaltar que, quanto à prova da embriaguez há uma premissa básica a ser observada: ninguém está obrigado a fazer prova contra si mesmo, em virtude do direito à não-autoincriminação. Não se pode obrigar o indivíduo a ceder seu corpo ou parte dele para fazer prova contra si mesmo.

Desta feita, o suposto autor do delito de trânsito não está obrigado a ceder sangue para a realização de teste clínico, bem como não pode ser compelido a soprar o bafômetro. Isso ocorre em virtude de essas duas provas envolverem o corpo humano do suspeito e exigirem dele uma postura ativa.

A recusa do condutor deve ser considerada como um dado completamente irrelevante para o processo penal, cabendo ao Estado angariar outros meios de prova para atestar que ele praticou o delito previsto no art. 306 do CTB. Neste particular, o STJ, no AgRg no RHC 25.118/MG assim decidiu:

(...) que a nova lei não obriga o cidadão a produzir prova contra si próprio, tendo em vista que, além do "bafômetro" e do exame de sangue, subsistem os demais meios de prova em direito admitidos para constatação de embriaguez, sendo certo que a recusa em submeter-se aos testes implica apenas sanções administrativas. (BRASIL, STJ, 2009).

Assim, a recusa do condutor não poderá ser utilizada nem como presunção de culpa nem como argumento para a sua condenação criminal, em virtude da vigência dos princípios da não-autoincriminação e da presunção de inocência. Em função disso, a

³⁵ No HC 95.967, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento acerca da impossibilidade de prisão do depositário infiel. Para chegar a esse resultado, considerou o Pacto de San Jose da Costa Rica um diploma internacional sobre direitos humanos ao qual é reservado um lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo a Constituição de 1988, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil tornaria inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. (BRASIL, 2008).

³⁶ É o direito de não produzir prova contra si mesmo.

doutrina e a jurisprudência entendem que o Estado não pode constranger a pessoa a produzir prova contra si próprio.

Diante desse quadro apresentado, ainda que, para a US Court of Appeal, a coleta de DNA não esteja inserida no contexto do princípio da não-autoincriminação, segundo discutido na audiência pública no STF, em virtude de tais amostras serem evidência física e não testemunhal (BRASIL, STF, 2017), não se pode admitir a transposição de tal entendimento à nossa realidade. Ora, o perfil genético do indivíduo é não apenas meio de identificação, como também de prova para o processo penal, incidindo sobre ele o princípio da não-autoincriminação.

Nesse sentido, a doutrina, quanto à natureza jurídica da coleta de perfis genéticos entende que o DNA possui dupla natureza uma vez que se “trata de um ato de investigação (identificação) e, ao mesmo tempo, um ato de produção probatória (prova), ainda que probabilística e falível, convém lembrar” (SCHIOCCHET, 2012, p. 87).

É por essa razão que Lopes Jr. e Gloeckner, quando tratam da inovação legal introduzida pela Lei 12.654/2012, sustentam que não teria ocorrido previsão constitucional para a coleta de perfis genéticos. Assim, a medida implementada seria inconstitucional uma vez que a apenas a Carta Magna poderia restringir o princípio da não-autoincriminação, de modo que haveria hoje uma irregular transformação “de uma norma constitucional de eficácia plena em norma constitucional de eficácia contida” (2013, p. 494), havendo um “grave retrocesso no âmbito dos direitos e garantias fundamentais do acusado” (2013, p. 494).

Ainda assim, como se trata de questão interdisciplinar, envolvendo inúmeros aspectos do ordenamento jurídico, no próximo capítulo analisaremos a problemática sob a ótica do humanismo e do Direito Civil Constitucional.

2 O DIREITO À PRIVACIDADE E SEU TRATAMENTO NA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL

Dá-se prosseguimento à pesquisa com o reconhecimento do valor ao ser humano, aspecto essencial não apenas para a Constitucionalização do Direito Civil, que se baseia na dignidade da pessoa humana, valor que é irradiado a partir da Constituição Federal, mas também para o surgimento dos direitos da personalidade.

Dentre os direitos da personalidade, estudar-se-á o direito à privacidade, analisando-se sua evolução histórica, a separação entre as esferas pública e privada, bem

como a difícil conceituação de privacidade e distinção com vida privada e intimidade, até seu atual reconhecimento como direito à autodeterminação informativa. No final do capítulo, trataremos das diferentes espécies de informações passíveis de controle por parte do seu titular.

2.1 O HOMEM COMO SUJEITO DOTADO DE VALOR

Ao ser humano hoje são conferidos direitos inerentes à sua natureza, de modo a ser reconhecida uma dignidade imanente ao homem pela simples razão de sua existência.

A ideia de que o homem é um ser sujeito de direitos, dotado de dignidade e valor *de per si*, não surgiu de pronto na história. Forjou-se ao longo da civilização até atingir o atual estágio, em que os direitos fundamentais encontram positivados nas Constituições, não apenas como forma de proteção dos mesmos, mas para garantir sua máxima efetividade.

O conceito de personalidade, afeto à seara do Direito Privado, confunde-se, em grande parte, com a noção de dignidade do próprio homem. Afinal, apenas ao homem dotado de uma dignidade imanente, pode ser conferida personalidade. Em Roma, a ideia de personalidade adveio das *personae*, máscaras mortuárias dos ancestrais. Era possuidor de personalidade quem era depositário dessas *imagines* e do sobrenome dos antepassados: o *pater familias* (SUPIOT, 2007). Com efeito, nem todos os seres humanos possuíam personalidade, haja vista a possibilidade de serem tratados juridicamente como coisas, o que ocorria com os escravos.

Em obra que trata da dignidade humana, João Costa Neto (2014, p.4) reforça essa diferenciação entre as pessoas, ao mencionar que, para o pensador romano Cícero, a dignidade não estaria igualmente distribuída entre os homens. Haveria, portanto, graus de *dignitas* e, partindo deles, seria possível dar a cada um o que merece, sendo este o fundamento da justiça.

O conceito de dignidade da pessoa humana, que permeia a construção dos direitos humanos, deveu-se, em grande parte ao Cristianismo. Para os gregos, o homem, muito mais do que portador de uma dignidade imanente à sua natureza, apenas possui valor no serviço ao Estado. Nesse sentido, são precisas as lições de Antonio Carlos Wolkmer:

Na Antiguidade, sendo o destino do homem imanente, desconsiderava-se a noção de um Direito inato, oriundo da natureza e da dignidade do próprio homem, bem como a estrutura sociopolítica da época não concebia direitos individuais e personalísticos. (WOLKMER, 2005, p. 2).

Ausente a concepção de dignidade do homem, havia apenas uma noção de direito cósmico que regia os homens em seu dever perante o Estado e a sociedade. Dessa forma, muito embora tenham os gregos sedimentado os fundamentos do pensamento humanístico, não dilapidaram a ideia a ponto de se chegar a direitos inerentes à condição humana. O direito invocado por Antígona face o édito de Creonte (SÓFOCLES, 2005, p. 30) não era um direito humano, mas sim cósmico, que se contrapunha às leis humanas arbitrárias e desarrazoadas.

O Cristianismo conferiu impulso relevante para o reconhecimento de que o homem é dotado de uma dignidade imanente, inalienável, e que merece proteção especial (MORAES, 2003, p. 112). Ora, se o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus e se o Criador enviou seu Filho para redimir a humanidade, o homem passa a ser encarado como possuidor de um valor inestimável. Passam-se a reconhecer ao homem direitos pela simples razão de sua existência.

Isso ocorreu pois, diferentemente das demais religiões da Idade Antiga, o cristianismo surge como movimento religioso desvinculado de Estado ou nação, sendo uma religião de indivíduos para com o seu Deus. Assim, cada indivíduo, dotado de valor único, pode-se relacionar diretamente com a divindade, pois “o Deus cristão relaciona-se diretamente com os indivíduos que Nele crêm” (MORAES, 2003, p. 113).

Essa concepção de direitos inerentes ao homem – direitos humanos – afastou-se de sua origem teológica e, com a Idade Moderna, passou a assumir uma feição realmente antropocêntrica. O valor espiritual conferido a cada ser humano – a concepção de alma – foi dotado de tutela jurídica, surgindo, assim, a dignidade da pessoa humana.

Um dos precursores foi o filósofo humanista Giovanni Pico Della Mirandola que, em 1486, publicou um marco na formação do pensamento humanista: *De dignitate hominis oratio*. Nesse obra, a grande marca que ele deixou foi não estabelecer a habitual relação de subordinação entre as razões teológica e filosófica, de dependência entre o Criador e criatura (MORAES, 2003, p. 114). O homem é, assim, dotado de enorme potencial criativo, não possuindo impedimentos e restrições (COSTA NETO, 2014, p. 24).

Entretanto, é em Kant que há a mais célebre formulação de valor intrínseco ao próprio homem. O referido filósofo construiu uma teoria moral fundada em imperativos categóricos, os quais devem ser considerados válidos incondicionalmente e para todas as situações.

Neste particular, o segundo imperativo formulado é assim por ele explicitado: “age de tal maneira que uses a humanidade como na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como um fim, e nunca simplesmente como um meio” (KANT, 2011, p. 73). É a fórmula do fim em si mesmo, em que há a exigência de respeito às pessoas (SARMENTO, 2016, ps. 106-107).

Dessa forma, o indivíduo nunca pode ser utilizado simplesmente como um meio para o atingimento de um determinado fim, mas, em razão da sua natureza e de seu valor intrínseco, é um fim em si mesmo.

Essa fórmula se desdobra em três postulados: o indivíduo é em si mesmo considerado um fim, em razão de sua humanidade, sendo, jamais, um mero objeto (SARMENTO, 2016, p. 108); tratar uma pessoa como fim é respeitá-la como um sujeito racional, com liberdade e capacidade de fazer escolhas e se autodeterminar (SARMENTO, 2016, p. 107).

O terceiro é que a vedação do imperativo categórico cuida de que as pessoas não sejam tratadas *exclusivamente* como meio. Não se impede que, de algum modo, um indivíduo se valha do outro para atingir os fins que persegue (SARMENTO, 2016, p. 107).

É o que ocorre em relações contratuais de trabalho em que as vontades das partes se ajustam e ninguém é tratado pelo outro como um simples objeto. Na medida em que um indivíduo contrata os serviços do outro e paga por eles, está se utilizando dessa pessoa para atingir um determinado fim, mas não o trata como um mero meio, como um objeto, haja vista a prestação de serviços ter sido realizada mediante o pagamento de certa quantia previamente ajustada. Há a liberdade de escolha por parte das partes que celebram esse contrato.

A reprovação, nos termos do imperativo kantiano, é que a pessoa seja tratada como mero meio, ou seja, se desconsiderando sua capacidade ínsita de escolha. Desse modo, os fins emanam do próprio homem e não de outros a usurpar a liberdade que cada indivíduo tem de escolha (SARMENTO, 2016, p. 108).

Formula-se, portanto, uma ideia conceitual de dignidade de cunho moral, tornando o homem sujeito de direitos e deveres, em que há o respeito pelo outro:

Essa aptidão gera a obrigação, oponível *erga omnes*, de ele ser respeitado por todos os outros membros da coletividade. Estes deverão de abster-se de realizar ataques ou agressões (*Angriffe*) à autonomia do sujeito (...) a dignidade (*Würde*) surge como prerrogativa apriorística, presente em todos os que a detém em igual medida. (COSTA NETO, 2014, p. 25).

Esse processo de valorização do homem culminou com o reconhecimento de direitos que, por resultarem da natureza humana, preexistem ao próprio Estado, revelando, assim, a característica que confere legitimação ao próprio Estado: uma instituição forjada para garantir os direitos básicos aos cidadãos. Nesse sentido:

(...) quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação aos indivíduos se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos. (MENDES; BRANCO, 2011, p.155).

A consequência do reconhecimento de valor ao indivíduo, que passou a ser dotado de uma dignidade a ele imanente, foi conferir ao homem direitos diversos, tais como liberdade, vida, igualdade, privacidade, dentre inúmeros outros. A dignidade da pessoa humana materializa-se, portanto, na concessão de tais direitos. O homem assume apenas seu aspecto humano ao ser investido de tais direitos a ele inerentes.

2.2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

As relações jurídicas se dão entre indivíduos. É por meio deles que os diversos contratos são celebrados, como a compra e venda. Sem indivíduos não haveria o casamento, tal qual tutelado pelo Código Civil. Cabe, ainda, ressaltar que é por meio do falecimento ou ausência de uma pessoa que surge o direito sucessório. Desta feita, é a tutela dos indivíduos a razão maior de ser do Direito Civil.

Um contrassenso ocorreu no Brasil desde a época de Império até a Nova República³⁷, pois o patrimônio ocupou, indevidamente, o lugar reservado ao indivíduo como base do Direito Civil brasileiro. Nessa concepção clássica do Direito Privado, a pessoa era valorizada pelo que tinha e não sua dignidade como tal (MEIRELLES, 2000,

³⁷Nova República é o período da História brasileira que se segue ao declínio da ditadura militar. É quando foi promulgada a Constituição Federal de 1988.

p 95). Era o tempo de uma sociedade agrária, em que a tutela do patrimônio não cedeu espaço para o surgimento e posterior defesa dos direitos de personalidade. Os direitos que não tinham um cunho patrimonial foram relegados a um segundo plano, apenas sendo adequadamente compreendidos no final do século XX por meio da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002.

Interessante notar que, no sistema de outrora, a própria concepção de pessoa era equivocada na medida em que a personalidade era vinculada a um objeto. Pessoa era “o senhor da coisa, o senhor do espaço privado, (...) aquele que contrata, tem patrimônio e contrai núpcias” (MEIRELLES, 2000, p. 95). Dessa forma, verificava-se que os interesses pessoais eram suplantados pelo patrimônio.

O Código Civil de 1916, patrimonialista em sua essência e não consentâneo com a realidade urbana já vivenciada no país, não cuidava dos direitos de personalidade. Tais direitos, por não serem patrimoniais, permaneceram, durante muito tempo renegados em um sistema outrora patrimonialista, sem espaço para sua adequada compreensão. Neste particular, Walter Moraes explicita que a patrimonialidade atingiu tamanho nível no sistema civilista, que até os direitos da personalidade seriam considerados bens jurídicos e, dessa forma, estariam sujeitos ao poder de seu titular:

[...] referido tal direito à personalidade, enquanto está na pessoa, confundir-se-iam no mesmo termo sujeito e objeto deste direito, o que é impossível, já que os conceitos de sujeito e objeto só existem na medida em que se excluem: algo só é objeto enquanto em confronto com um sujeito. (MORAES, 1984, p. 19).

Ocorre que essa tutela da pessoa como um bem jurídico era um contrassenso, uma vez que:

O ser humano não tem uma personalidade, ele é a expressão viva de sua própria personalidade. Assim, ainda que a ordem jurídica lance sobre o homem o olhar ideologizado da titularidade, todo o conjunto de múltiplas emanações em que se resume a personalidade humana deve ser visto como o ser humano mesmo, considerado em sua própria estrutura fundamental na qual se assentam todos os direitos de que é titular. (MEIRELLES, 2000, p. 99).

Cabe destacar que nessa época o Código Civil ocupava um lugar de destaque sem igual no ordenamento jurídico pátrio. Isso decorreu da ideia de o Código Civil de

Napoleão³⁸ tutelar, o mais amplamente possível, as relações jurídicas existentes. Assim, o Código Civil foi erigido a um *status quo* elevadíssimo no ordenamento jurídico, mormente em função da regulação das relações privadas.

Essa concepção de Código Civil como centro do ordenamento jurídico decorreu de um movimento de codificação, em meados dos séculos XVIII e XIX, baseado no liberalismo jurídico que propunha a completude e unicidade do direito (RAMOS, 2000, p. 4). Esse código, de aspecto geral e abstrato, tinha por finalidade modificar a ordem jurídica antes vigente do Antigo Regime, dotada de multiplicidade de legislações, conferindo sistematização, simplicidade e segurança ao novo regime liberal que então se iniciava (SARMENTO, 2010, p. 68).

Eis que esse sistema de cunho nitidamente individualista, que partia da ideia de pessoa de maneira abstrata e de cunho meramente formal, acabou por fazer prevalecer a vontade dos fortes, que passaram a dominar e oprimir, constituindo-se em um direito burguês e não do cidadão (RAMOS, 2000, p. 5). Assim, ao impedir a efetiva valorização da dignidade humana e dar prevalência aos valores relativos à apropriação de bens sobre o ser, acaba por gerar mais desigualdade e injustiça.

Desse quadro decorre a mudança do paradigma do Estado Liberal para o Estado Social e, de uma tentativa de intervenção do Estado nas relações sociais, surge o fenômeno da “inflação legislativa” (SARMENTO, 2007, p. 117). O Código Civil perde a centralidade de outrora, passando a disputar espaço com outras legislações extravagantes que surgem, como, por exemplo, o Estatuto da Mulher Casada.

A doutrina passa a tratar de uma era de descodificação, em que a fragmentação jurídica atinge um nível tão elevado que diversas matérias importantes e de interesse social possuem sua normatividade própria (COSTA, 2010, p. 19). Como destaca Maria Celina Bodin de Moraes, essa proliferação legislativa esparsa sob a forma de microssistemas jurídicos torna insustentável afirmar a centralidade do Código Civil, que passa a ter na Constituição Federal sua unidade sistêmica e axiológica (2007, p. 436).

Quanto à Constitucionalização do Direito, Luiz Edson Fachin propõe três dimensões para a análise: formal, substancial e prospectiva. Assim, a dimensão formal consistiria naquilo que está positivado tanto na Constituição como no Direito Constitucional positivo. Já a dimensão substancial corresponderia à densidade

³⁸ O Código Civil de Napoleão adotou a sistematização de Jean Domat, diferenciando leis civis e leis públicas. Com esse distanciamento entre interesses públicos dos particulares, a lei civil adotou caráter essencialmente individualista, baseando-se na proteção da propriedade e da autonomia da vontade. (MEIRELLES, 2010, p. 94-95).

normativa principiológica da Constituição. Por fim, a dimensão prospectiva decorreria desse caráter propositivo e transformador da própria Constitucionalização, com a construção de novos sentidos no Direito Privado, acarretando uma necessária ressignificação dos institutos e das instituições jurídicas (2015, p. 9).

Assim, advém o surgimento do constitucionalismo moderno, em que as Constituições passaram a ser consideradas não apenas o centro jurídico-formal dos ordenamentos jurídicos, mas, também, no aspecto material: o neoconstitucionalismo. As Constituições deixaram de ser encaradas como mero repositório de conselhos para os poderes públicos, conferindo-se a elas a natureza de norma jurídica dotada de efetividade (SARMENTO, 2007, p. 118).

Esse direito constitucional contemporâneo surge no contexto histórico da redemocratização, com a Constituição Federal de 1988, e tem como marco filosófico o pós-positivismo, que é uma tentativa de ir além da legalidade estrita, sem, para esse intento, desprezar o direito positivo. Nele, a interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, acarretando a formação de uma nova hermenêutica constitucional e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. (BARROSO, 2007, p.208)

Como consequência desse Direito Constitucional Contemporâneo, confere-se normatividade aos princípios, que passam a ser aplicados diretamente na solução dos conflitos, bem como o que a doutrina chama de Constitucionalização do Direito.

Essa expressão, que é de uso relativamente recente, comporta múltiplos sentidos (BARROSO, 2007, p. 206). A ela pode se referir, genericamente, um ordenamento cujo centro seja uma Constituição dotada de supremacia. Pode-se mencionar, outrossim, o fato de direitos infraconstitucionais serem alocados na Constituição, que passa a tratar de matérias não eminentemente constitucionais. É o que vemos na Constituição brasileira de 1988 que trata questões de direito civil, penal e administrativo, os quais, em razão disso, assumem *status* constitucional.

Destarte, a expressão, no sentido aqui empregado, cuida do fenômeno oposto. Constitucionalização do Direito é a irradiação dos valores, princípios e regras constitucionais por todo o sistema jurídico. A Constituição e seus valores passam a modificar o sentido e alcance das normas infraconstitucionais, de modo de a legislação passa ser interpretada por meio da Constituição.

Com efeito, passou-se a compreender que a Constituição não pretende ser axiologicamente neutra, de modo que os direitos fundamentais³⁹ não seriam apenas garantias individuais, mas também uma ordem objetiva de valores. Tal revolução na maneira de encarar os direitos fundamentais ocorreu no julgamento do Caso *Lüth*⁴⁰, pelo Tribunal Constitucional Alemão entendeu existir um sistema de valores, no qual, a dignidade humana deve valer como decisão fundamental para todos os ramos do direito. Nesse sentido, colaciono:

Esse sistema de valores, que tem seu ponto central no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade humana no seio da comunidade social, deve valer como decisão fundamental para todos os ramos do direito; legislação, administração e jurisprudência recebem dele diretrizes e impulsos. (SILVA, 2014, p. 42).

A dignidade da pessoa humana, fundamento da República, e os valores dela decorrentes passaram a ser irradiados, no ordenamento jurídico nacional, em todos os ramos do Direito e, em especial, no Direito Civil. Na Constitucionalização do Direito, a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana acarretou uma reanálise dos institutos civis, dentre eles, os direitos da personalidade.

Destarte, um dos aspectos dessa irradiação revela-se na vinculação de relações entre particulares a direitos fundamentais. É o que se chama de eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Tais direitos foram concebidos originalmente como reguladores da relação entre Estado e particular; no entanto, essa visão mostrou-se, acentuadamente, limitada uma vez que se percebeu que nem sempre é o Estado que representa a maior ameaça aos direitos, mas sim outros particulares (SILVA, 2014, p. 18). Assim, os direitos fundamentais também regem as relações entre particulares, que devem observar

³⁹ Luigi Ferrajoli apresenta um conceito de direitos fundamentais como sendo “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos em cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas com capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a um sujeto por uma norma jurídica; y por status la condición de um sujeto, prevista asimismo por uma norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas. (FERRAJOLI, 1999, p. 37).

⁴⁰ Decisão do Tribunal Constitucional Alemão em que se analisou o 826 do Código Civil alemão, decidindo que ele deve funcionar como uma das “portas de entrada dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, seja para anular decisões que não tenham levado os direitos fundamentais em consideração, seja para anular relações jurídicas entre particulares que ofendam a ideia de bons costumes, reinterpretada à luz dos direitos fundamentais.” (SILVA, 2014, p. 80).

diversos direitos elencados na Constituição Federal, como contraditório e ampla defesa no caso de expulsão de membro de uma associação⁴¹.

A doutrina se divide sobre como ocorrerá essa vinculação das relações particulares aos direitos fundamentais. Há quem defenda que os direitos fundamentais vinculam diretamente os particulares, sendo descipienda qualquer norma de extensão, como Pietro Perlingieri (2008, p. 589), com supedâneo na preeminência das normas constitucionais e dos valores por ela expressos. Entretanto, para a doutrina alemã⁴², as normas constitucionais seriam aplicadas nas relações interprivadas de forma indireta, ou seja, por meio de cláusulas gerais ou através de mecanismo de previsão específica e detalhada (PERLINGIERI, 2008, p 578).

Ressalvando seu entendimento, o doutrinador italiano arremata, quanto a essa questão, que mais importante do que definir se haverá aplicação direta ou indireta é o fato de a norma constitucional tornar-se a razão primária e justificadora da resolução da questão entre situações subjetivas (PERLINGIERI, 2008, p. 590). A Constituição transforma-se em norma de comportamento, apta a incidir sobre o conteúdo das relações entre particulares.

Entretanto, a “principal manifestação da preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida à luz dela e passada pelo seu crivo” (CANOTILHO, MOREIRA, 1991, p. 45). É o que a doutrina passou a denominar filtragem constitucional, uma vez que a Constituição seria uma lente, por meio da qual, os ramos do direito devem ser lidos e interpretados. Dentre todos, o Direito Civil foi aquele que mais sentiu esse fenômeno⁴³.

Destarte, como consequência dessa irradiação dos valores constitucionais, há uma mudança no alcance das normas e como elas são interpretadas. O magistrado, ao analisar um simples caso concreto, passa a fazer um juízo de compatibilidade da norma com a Constituição, uma vez que toda interpretação passa a ser conforme a Constituição. O juiz passa a ser chamado a se manifestar sobre o grau de

⁴¹ Conforme decidido pelo STF no RE 201.819/RJ.

⁴² Segundo essa doutrina, os juízes cíveis seriam constitucionalmente obrigados a utilizar os direitos fundamentais como diretrizes na interpretação e aplicação das cláusulas gerais. (PERLINGIERI, 2008, p. 578).

⁴³ Foi o que ocorreu quando o Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto dos RE's 646721 e 878694, declarou a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, que estabelecia diferenças entre a participação do companheiro e do cônjuge na sucessão dos bens. Foi assentado o entendimento de que tal diferenciação violava a dignidade da pessoa humana do companheiro. Assim, o Código Civil deveria ser lido em conformidade à Constituição, especialmente no que tange à igualdade.

compatibilidade da norma civil ordinária com a Constituição (PERLINGIERI, 2008, p. 581).

As Constituições passaram a ser não apenas o fundamento jurídico-normativo do sistema, como também se tornaram a base interpretativa das normas inferiores. Ou seja: a interpretação da legislação civilista passou a ser feita por meio da Constituição, devendo haver a adequação das normas privadas aos princípios vigentes adotados na Carta da República. Nesse sentido, colaciono:

(...) a Constituição da República de 1988 instaurou nova ordem jurídica no país, realocou valores, instituiu novos princípios, impondo assim o repensar de todo o ordenamento jurídico. A normativa constitucional, seu conjunto de regras e princípios, passa a incidir diretamente no caso concreto, nas relações intersubjetivas. Desta forma, as categorias e conceitos do direito civil devem ser criticadas e reconstruídas, tendo como norte a consecução do projeto constitucional. (TEPEDINO, 2002, p. 2).

Com efeito, a dignidade da pessoa humana, fundamento da República, e os valores dela decorrentes passaram a ser irradiados, no ordenamento jurídico nacional, em todos os ramos do Direito e, em especial, no Direito Civil. No campo privado, a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana acarretou uma reanálise dos institutos civis, dentre eles, os direitos da personalidade. Tais direitos ganharam força na escala de repersonalização, na medida em que o patrimônio cedeu espaço à tutela da pessoa no ordenamento jurídico nacional.

Assim, através da repersonalização promovida pela Constituição, a pessoa humana tornou-se a base do Direito Civil, passando o papel de coadjuvante para o patrimônio. Esse processo extinguiu o ideário liberal individualista burguês da Revolução Francesa e pode ser constatado em diversos pontos do novo Direito Civil Constitucional. Citam-se como exemplos o fato de a família hoje ser um local de convivência socioafetiva, o desenvolvimento dos direitos de personalidade e a resolução de conflitos por meio da aplicação direta do princípio da dignidade da pessoa humana.

Destarte, o ser humano assume, então, papel de destaque no conceito juscivilista e, no fim do século XX, positivam-se os direitos da personalidade aglutinados na Constituição Federal e no Código Civil de 2002. Interessante notar que tais direitos- muito embora os direitos da personalidade na Constituição tenham outra nomenclatura, como adiante se verá - não se encontram estanques, mas estão em um

constante processo de entrelaçamento, de modo a propiciar a correta solução do caso concreto posto em juízo.

Assim, com a Constitucionalização do Direito, superou-se a tradicional dicotomia entre direito público e privado⁴⁴, uma vez que o direito, embora fragmentado em seus mais diversos ramos, apresenta-se unido por meio da Constituição, que dá unidade e sentido a todo o ordenamento. Há, então, uma rede crescente de informações, as quais sistematizam o direito sem deformá-lo ou dividi-lo em sua essência (COSTA, 2010, p. 19). É o que Pietro Perlingieri, com maestria, arremata:

A relação direta entre intérprete e norma constitucional tenta evitar o isolamento desta última do restante sistema normativo, confirmando a unidade do ordenamento e a conseqüente superação da tradicional contraposição entre público e privado. (PERLINGIERI, 2008, p. 590).

Houve, portanto, a retomada, por parte do Direito Privado, de sua vocação original de direito do cidadão (*jus civile*), opondo-se à feição eminentemente individualista de outrora. Nesse aspecto, a cidadania deixa de ser considerada tão-somente em sua relação política entre indivíduo e Estado e passa a ter outra conotação de respeito a direitos básicos da pessoa, presente em diversos níveis e espaços sociais e econômicos (RAMOS, 2010, p 9).

Do exposto, depreende-se que o Direito Civil foi tomado por uma função humanizadora sem precedentes: houve a reanálise de velhos institutos, a superação de antigos dogmas e, assim, as relações privadas foram revestidas de nova roupagem.

2.3 DIREITOS DA PERSONALIDADE

Explicitado o processo de constitucionalização do direito civil e a aproximação da noção tradicional de direito público e privado, cabe, agora, tecer comentários sobre os direitos da personalidade. Para tanto, antes de se atingir sua adequada definição, é necessário perpassar pelo que seria personalidade e pessoa para o Direito.

O conceito que, tradicionalmente, temos de personalidade civil seria o atributo que confere ao ser humano, indistintamente, a possibilidade de ser titular das relações

⁴⁴ Quanto à superação da dicotomia entre direito público e privado, Celso Lafer, em leitura da obra de Hannah Arendt, assevera, a contrario *sensu*, que um dos sérios problemas que avassala o Direito Contemporâneo é o decorrente da publicização do Direito Privado e privatização do Direito Público, uma vez que este fenômeno levaria à identificação e não diferenciação entre as esferas do público e do privado. (LAFER, 1991, p. 237-238).

jurídicas (VENOSA, 2003, p. 160). Personalidade, portanto, seria a aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações na ordem jurídica (BEVILÁQUA, 1953, p. 79-80). Desse modo, personalidade e capacidade jurídica seriam expressões idênticas, não havendo qualquer diferenciação entre elas (MIRANDA, 1999, p. 209)

Nesta senda, pessoa nada mais seria do que o ente capaz de contrair direitos e deveres perante determinada ordem jurídica (GUERRA, 2007, p. 114). Para Maria Helena Diniz, pessoa é o “ente físico ou coletivo susceptível de direitos e obrigações” (DINIZ, 2011, p. 115).

Muito embora esse conceito mereça críticas, como a seguir se fará, ele é uma evidência que a noção de personalidade foi sendo construída e aprimorada ao longo da história, haja vista diferir bastante da noção de *personae* pelos romanos, como anteriormente mencionado.

Evidente que essa noção de pessoa é um conceito eminentemente formal, desprovido de conteúdo, ao ligar a personalidade a uma simples aptidão de contrair direitos e obrigações. A personalidade, equivocadamente, esteve ligada a um papel que o homem pudesse exercer no mundo jurídico, a uma função possivelmente por ele exercida em uma relação jurídica (BORGES, 2007, p. 9).

Depreende-se, então, que a pessoa descrita no Código Civil, nesse conceito formalista, não corresponde à pessoa real, que sente, vive e transita em nosso dia a dia. Pode-se falar em uma dicotomia entre a pessoa codificada e o sujeito real (MEIRELLES, 2000, p. 91). Nesse conceito que equipara personalidade e capacidade, o sujeito virtual, uma abstração meramente formalista, não encontra correspondência à pessoa verdadeiramente humana, dotada de valores pessoais, desejos e intenção de ter reconhecida sua dignidade (MEIRELLES, 2000, p. 91).

A definição de personalidade como equiparação de capacidade tem raízes no século XIX. Ocorre que, atualmente, a personalidade é concebida como categoria jurídica ampla, sendo uma projeção da natureza humana (BORGES, 2007, p. 10). Assim, o sujeito real deve ser encarado sob o prisma de sua própria dignidade e natureza. Nesse sentido, colaciono:

(...) no caso do ser humano (...) ser e valer estão intimamente ligados, em síntese indissolúvel, eis que o valor está, no caso, inserido no ser. O homem vale, tem a excepcional e primacial dignidade de que estamos a falar porque é. E é inconcebível que um ser humano seja sem valer. Por isso mesmo, a personalidade é uma noção insuscetível de gradações ou restrições. (OLIVEIRA; MUNIZ, 1980, p. 231).

Destarte, muito além da compreensão tradicional de representar aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações, a personalidade jurídica, contemporaneamente, é categoria essencialmente relacionada à cláusula de tutela e promoção da dignidade da pessoa humana, pela qual se deve reconhecer ao ser humano, singular e concretamente considerado, um conjunto mínimo de atributos, direitos e garantias sem as quais não será possível a vida com dignidade.

Para Alain Supiot, a personalidade, sendo fiel à sua etimologia, permanece sendo uma “máscara que permite a cada homem participar plenamente da dignidade humana” (SUPIOT, 2007, p. 29). Assim, afastada sua caracterização como um fato da natureza, seria uma representação do próprio homem, unificando sua carne e espírito, de modo a ser impossível sua redução a um simples ser biológico ou meramente mental (SUPIOT, 2007, p. XI).

Com efeito, partindo desse conceito que aproxima personalidade de dignidade, a personalidade seria, então, o atributo jurídico do fato de ser pessoa, uma projeção social da personalidade psíquica.

Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana passa a ser fator primordial para o correto entendimento do que seria a própria personalidade jurídica e os direitos de personalidade. Passa-se a tutelar não apenas mais o direito à vida, mas sim o direito a uma vida digna (COSTA, 2010, p 21).

O olhar do Direito evoluiu a tal ponto que se percebeu que não havia como dissociar vida plena e dignidade, haja vista os valores inerentes à própria condição humana. Essa é a razão pela qual Eroulths Cortiano Júnior afirma que “a dignidade da pessoa humana é o centro de sua personalidade e, portanto, merece a maior proteção possível” (CORTIANO JÚNIOR, 2000, p. 42). Assim, o cerne da proteção da dignidade humana configura-se nos chamados direitos da personalidade e tal proteção não se limita apenas ao direito civil, mas integra todo o ordenamento de forma unitária, uma vez que é o fundamento do próprio ordenamento (CORTIANO JÚNIOR, 2000, p. 42-43).

Cabe ressaltar o papel dos direitos da personalidade como garantidores da dignidade como valor ou cláusula aberta em nosso ordenamento jurídico. Como a dignidade não é um dado objetivo, sendo um conceito que só pode ser adequadamente compreendido por meio de uma pessoa concretamente considerada (BORGES, 2007, p.

19), tais direitos são expressões da tutela da pessoa humana, a fim de proteger sua própria individualidade (COSTA, 2010, p. 24).

Tamanha é a aproximação entre direitos da personalidade e dignidade humana que Roxana Brasileiro Borges afirma que tais direitos são uma forma de materialização/concretização desse princípio jurídico. Dessa forma, como são direitos vocacionados para uma maior proteção humana, entende que, em um futuro próximo deverão ser denominados de “direitos da dignidade” (BORGES, 2007, p. 16).

Explicitada a aproximação, a ponto de os chamados direitos da personalidade serem considerados concretização do valor dignidade humana, que é irradiado em nosso ordenamento, como fundamento sistêmico, por meio da cláusula geral do artigo 1º, III, da Constituição Federal, cabe perquirir qual é a relação entre tais direitos e os denominados direitos humanos e direitos fundamentais (liberdades públicas). Saber qual a relação entre tais direitos é de salutar importância uma vez que a dignidade do homem é um valor perpassa tal gama de direitos reconhecidos.

Para a análise dessa relação, será utilizado o direito à privacidade/intimidade, que é reconhecido não apenas em âmbito civilista, mas na Constituição Federal e no âmbito da proteção internacional de direitos humanos.

No que tange ao reconhecimento e positivação dos Direitos Humanos, imperioso mencionar a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, a qual reconheceu, dentre inúmeros direitos, a intimidade como direito fundamental do ser humano ao declarar, em seu artigo 12 que, “ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação (...)”.

Esses direitos da pessoa humana, quando acolhidos na ordem interna do estado soberano, convertem-se na categoria de direitos fundamentais – não perdem seu caráter de direitos humanos – e são reconhecidos em uma Constituição. Dessa forma, a Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, X, assegura que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Os direitos fundamentais passaram, então, a serem positivados na Constituição dos Estados modernos como meio de assegurar que os direitos humanos, reconhecidos na ordem internacional, realizassem, de fato, no âmbito de cada Estado, o seu papel de limitação da atuação estatal e promoção dos direitos individuais.

Explicitado esse processo, imperioso tecer comentários sobre as diferenças entre direitos fundamentais e direitos da personalidade. Quanto ao tema, Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa leciona com maestria:

Pode-se afirmar que os ditos direitos da personalidade surgiram nos textos fundamentais como direitos inatos, conhecidos num primeiro momento como direitos humanos, tendo em vista serem inerentes ao homem. Alguns desses direitos foram inseridos nas constituições, ficando conhecidos como direitos fundamentais, devendo ser garantidos pelo Estado. Dentro destes direitos fundamentais há um conjunto de direitos subjetivos que se distinguem ou se caracterizam pelo objeto – a personalidade humana – chamado de direitos da personalidade. (COSTA, 2010, p. 27).

Com efeito, os direitos da personalidade não seriam, portanto, sinônimo de direitos fundamentais, mas, sim, espécie dos mesmos. Alguns dos direitos fundamentais constantes da Constituição Federal, que tutelam a personalidade humana, foram elencados ao longo do Código Civil e receberam o nome de direitos da personalidade. Nesse contexto, o artigo 21 do Código Civil de 2002 assegura que “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”⁴⁵.

Cabe frisar que importante parte da doutrina entende que a privacidade constante do Código Civil seria idêntica àquela prevista na Constituição Federal. Igual situação ocorreria com os demais direitos da personalidade, não sendo possível considerá-los espécies de direitos fundamentais. Nesse sentido, Diogo Calasans, ao comentar a diferença entre direitos humanos e fundamentais, é preciso:

(...) os direitos fundamentais seriam os direitos humanos positivados em texto constitucional, o que refletiria a proteção do homem em face do direito público, das ações estatais. Os direitos da personalidade, por fim, se referem aos atributos humanos merecedores de proteção na esfera privada, muito embora encontrem guarida, também, tanto no âmbito público, constitucional e até mesmo internacional (...) Dessa forma, tomando como exemplo nosso ordenamento jurídico, temos tanto no Código Civil quanto na Constituição, um rol destes direitos, mas que não é taxativo. (ANDRADE, 2016, p. 83-84).

⁴⁵ Em relação aos direitos de personalidade, Danilo Doneda menciona que o direito à privacidade seria um dos temas mais delicados na atualidade. Isso decorreria não apenas do crescimento da potencialidade ofensiva em virtude do desenvolvimento tecnológico, mas, sobretudo, pela dificuldade dos instrumentos tradicionais de tutela do ordenamento conferirem proteção à privacidade. Nesse sentido, ele ressalta que o legislador já previra esse agravamento na lesão à privacidade, tanto que, no artigo 21, garantiu ao magistrado a adoção das providências necessárias para impedir a violação a esse direito da personalidade. (DONEDA, 2002, p. 52).

Há doutrinadores que, mesmo reconhecendo que os direitos da personalidade seriam espécie dos direitos fundamentais, os diferenciam em função do agente violador. Assim, não haveria sinonímia entre eles, sendo os direitos da personalidade expressões dos direitos fundamentais perante os particulares entre si, ao passo que, quando o agente violador assumisse posição pública, estar-se-ia diante de liberdades públicas ou direitos fundamentais (JABUR, 2000, p. 79-81).

Dessa forma, nas relações horizontais, entre particulares, haveria aplicação dos direitos da personalidade. Já quando o agente violador fosse o Estado, seria o caso de se aplicar a Constituição Federal, na parte que cuida dos direitos e garantias fundamentais.

Ocorre que essa perspectiva não trata da Constitucionalização do direito, nem da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Com efeito, os direitos fundamentais têm plena aplicabilidade nas relações entre particulares, conforme já asseverado, de modo que essa distinção entre direito público e privado não subsiste. Nesse sentido:

Neste contexto, as fronteiras entre as categorias público/privado estão cada vez mais nebulosas. Se, por um lado, o Direito Público se privatiza, (...) este processo não anula a publicização do Direito Privado, operada durante o Estado Social. Ao contrário, vivencia-se hoje no país algo que ultrapassa a mera continuidade na edição de normas de ordem pública editadas para a disciplina das relações entre particulares. (SARMENTO, 2010, p. 47).

Assim, não se trata mais de proteção da pessoa humana pelo direito público ou pelo direito privado, mas em proteção da pessoa pelo direito, ante a aproximação das categorias jurídicas (CORTIANO JÚNIOR, 2000, p. 38).

Partindo desta premissa, é fácil constatar que, mesmo diante da tutela um tanto tímida do Código Civil de 2002 no que tange aos direitos da personalidade, previstos apenas dos artigos 11 ao 21, há uma adequada proteção conferida pelo ordenamento a tais espécies de direitos não apenas por meio da aplicação horizontal dos direitos fundamentais, mas, sobretudo, pelos mecanismos de filtragem constitucional, que permitem uma leitura do Direito Civil constitucionalizada.

Nessa perspectiva, a tutela dos direitos de personalidade não se resume ao disposto no Código Civil ou a outras normas classificadas como civis ou privadas. As normas previstas nos artigos 1º, 3º e 5º da Constituição Federal, assim como seu

preâmbulo são fundamentais para a correta compreensão do que são direitos da personalidade (BORGES, 2007, p. 90).

Ademais, Roxana Brasileiro Borges relembra que os direitos da personalidade, historicamente, seriam direitos de liberdade negativa, ou seja, foram concebidos para proteger a pessoa, enquanto sujeito passivo, contra a violência do Estado ou de terceiros, com enfoque na segurança particular das pessoas (BORGES, 2007, p. 90). Os direitos da personalidade, como direitos privados na clássica divisão, seriam a esfera em que o indivíduo se sentiria mais protegido da interferência do Estado, em uma esfera de liberdade necessária para a sua realização pessoal, como sujeito dotado de dignidade (BORGES, 2007, p. 96).

Em outra passagem, a referida autora, ao tratar da autonomia privada, suplanta a diferenciação entre direitos fundamentais e da personalidade, ao explicitar: “(...) convém ressaltar que a tutela dos direitos da personalidade não se exaure na proteção do sujeito contra o Estado, nem se resume à tutela negativa das pessoas em sua relação com outros particulares ou comunidade destes” (BORGES, 2007, p. 123).

Assim, superado qualquer óbice à tutela da relação indivíduo-Estado por meio dos direitos da personalidade, cabe tecer alguns breves comentários sobre objeto e natureza jurídica dos direitos de personalidade.

Como asseverado, havia uma dificuldade em categorizar os direitos da personalidade haja vista o problema teórico em se considerar o homem, sujeito natural das relações jurídicas, como objeto das mesmas (DONEDA, 2002, p. 44). Ademais, estar-se-ia, em assim sendo, por considerar o homem como bem jurídico, objeto de tutela do direito.

Entretanto, a discussão evoluiu de modo que o objeto dos direitos da personalidade são as projeções físicas ou psíquicas da pessoa. Não é a personalidade o objeto de tais direitos, mas sim algumas qualidades, atributos ou expressões da mesma. Por meio de tal sorte de direitos, se tutela a essência da pessoa, por meio de suas projeções, restando afastada a confusão entre sujeito e objeto (BORGES, 2007, p. 20).

De outro giro, no que tange à natureza jurídica, Eroulths Cortiano Júnior entende que a tutela da personalidade humana ultrapassaria a construção tradicional do direito subjetivo⁴⁶(CORTIANO JÚNIOR, 2000, p. 50). De fato, a categoria dos direitos

⁴⁶ Nas palavras de Goffredo Teles Júnior, direito subjetivo é a permissão dada por meio de norma jurídica válida para fazer ou não fazer alguma coisa, para ter ou não ter algo, ou, ainda, a autorização para exigir,

subjetivos foi pensada e criada para a tutela de direitos patrimoniais, especialmente o direito de propriedade, de modo que não poderia ser considerada uma categoria neutra. Desse modo, estar-se-ia utilizando para a tutela de situações existenciais instrumentos destinados a situações patrimoniais (DONEDA, 2002, p. 44-45).

Em função disso, a doutrina se dividiu. Há aqueles que categorizam os direitos da personalidade como direitos subjetivos, havendo a necessidade de atualização do próprio conceito do que seria direito subjetivo, de modo a adequá-lo a uma aplicação diversa da originalmente concebida. (DONEDA, 2002, p. 45).

Já outros tratam os direitos da personalidade não como direito, mas sim como um valor fundamental do ordenamento. Assim, em função da necessidade de tutela integrada da pessoa humana e de sua dignidade imanente, os direitos da personalidade necessitariam de uma tutela mais ampla do que a prevista para direitos subjetivos (PERLINGIERI, 2008, p. 764). Para o autor italiano, a personalidade seria um valor em virtude das diversas expressões assumidas pelos direitos da personalidade, as quais devem ser devidamente protegidas.

Haveria, então, uma cláusula geral de tutela da personalidade, um valor unitário que tutela pessoa humana, sem subdivisões. Como a pessoa é o todo unitário, não poderá, então, sua tutela ser fracionada em diferentes hipóteses concretas autônomas não comunicáveis entre si (PERLINGIERI, 2008, p. 764). Entretanto, o fato de a personalidade ser um todo unitário não impede que o ordenamento preveja algumas das expressões da personalidade, como o direito à saúde, por exemplo (PERLINGIERI, 2008, p. 765).

O que o ilustre professor italiano quer explicitar é que os direitos da personalidade são uma cláusula aberta, com fundamento unitário na dignidade da pessoa humana. Assim, os diferentes direitos da personalidade apontados na Constituição e no Código Civil são apenas algumas das expressões que a personalidade pode assumir, como vida digna, privacidade, integridade corporal, dentre tantas outras.

Com efeito, outros direitos da personalidade, ainda que não tipificados, são merecedores de tutela jurídica (COSTA, 2000, p. 32), restando, portanto, afastada a tipicidade de tais direitos (PERLINGIERI, 2008, p. 585). Nesse sentido, a doutrina e jurisprudência alemãs asseveram que não existem direitos da personalidade, mas sim um único direito da personalidade, cujo fundamento assenta-se no valor que a pessoa

por meios dos órgãos competentes do poder público ou através dos processos legais, em caso de prejuízo causado por violação da norma. (TELES JÚNIOR, 2008, p.55).

tem em si mesma e, como tal, cabe reconhecer-lhe uma dignidade (BARROS, 2009, p. 25).

Destarte, é importante ressaltar que a listagem dos direitos da personalidade na Constituição Federal e no Código Civil apenas refletem um dado momento histórico, o qual se encontra em constante alteração. Sabedor disso, o constituinte previu, expressamente, no artigo 5º § 2º, da Carta Constitucional⁴⁷ que os direitos ali elencados não excluiriam outros a serem reconhecidos posteriormente (BORGES, 2008, p. 25).

No Brasil, com supedâneo nessa cláusula aberta prevista na Constituição, há uma diferente listagem de direitos da personalidade por parte da doutrina, tendo cada autor de destaque elaborado sua própria lista. Na maioria, há uma ampliação das expressões da personalidade previstas no Código Civil e na Constituição.

No que pertine às características dos direitos de personalidade, Anderson Schreiber, ao apontar a origem histórica e jusnaturalista de sua nomenclatura⁴⁸, afirma que eles seriam absolutos, imprescritíveis, inalienáveis e indisponíveis (SCHREIBER, 2013, p. 5). A doutrina acrescentou a essa lista que eles seriam inatos, essenciais (vitalícios), inexecutáveis (inexpropriáveis e impenhoráveis), irrenunciáveis e extrapatrimoniais (JABUR, 2000, p. 41).

Não é objeto da presente pesquisa, que cuida do direito à privacidade, a descrição amíúde de todas as características dos direitos da personalidade. Assim, tratar-se-á apenas da indisponibilidade e do caráter absoluto dos direitos da personalidade, características que repercutem no direito à privacidade.

Quanto à característica de os direitos da personalidade serem absolutos, Gilberto Haddad Jabur destaca a impropriedade do vocábulo. Para ele, direitos absolutos ou irrestritos seriam desconhecidos no direito moderno pois, até mesmo a vida não seria absoluta ante a admissão de pena de morte nas hipóteses previstas na Constituição⁴⁹ (JABUR, 2000, p. 69). De fato, em uma sociedade pluralista e organizada como a nossa, não se concebe a caracterização de direitos como absolutos, ainda que se trate de direitos da personalidade.

⁴⁷ Artigo 5º, § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL, 1988).

⁴⁸ A expressão direitos da personalidade foi concebida por jusnaturalistas franceses e alemães para designar certos direitos inerentes ao homem, tidos como preexistentes ao seu reconhecimento pelo Estado. (SCHREIBER, 2013, p. 5).

⁴⁹ Artigo 5º, XLVII, Constituição Federal. Não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX. (BRASIL, 1988).

O que a doutrina quer explicitar quando denomina de absolutos os direitos da personalidade é que eles são oponíveis *erga omnes*, cabendo a todos, inclusive ao Estado, o dever de respeitar a expressão individual da personalidade de cada ser humano (JABUR, 2000, p. 68). Assim, o Estado deve assegurar o pleno desenvolvimento da personalidade a todos os indivíduos, independentemente da situação em que se encontrem.

Já em relação à dita indisponibilidade, o artigo 11⁵⁰ do Código Civil é expresso ao declarar que os direitos de personalidade não podem ter limitação voluntária ao seu exercício. Mas, diante de tantos programas de televisão que exploram a privacidade de seus participantes de acordo com a sua própria anuência, como fica tal previsão legal?

Anderson Schreiber entende que a linguagem forte do Código traduziu um excessivo paternalismo estatal, cujo intento era proteger o indivíduo dos efeitos de sua própria vontade em relação a direitos essenciais (SCHREIBER, 2013, p. 26).

Já Roxana Brasileiro Borges entende, em tema a ser mais bem tratado no capítulo 4 desta dissertação, que os direitos da personalidade são dotados de uma disponibilidade relativa. Entretanto, esse poder de disposição não seria, necessariamente, sinônimo de renúncia de direitos mas, ao contrário, deve ser encarado como uma liberdade jurídica de exercer seus direitos de personalidade de forma ativa ou positiva (BORGES, 2007, p. 112).

Esse exercício positivo dos direitos de personalidade teria como fundamento a autonomia privada e considera que apenas haverá uma tutela efetiva da dignidade da pessoa humana se ela se der de modo positivo, privilegiando a liberdade jurídica e autonomia privada do homem. Nesse sentido, Maria Isabel de Azevedo Souza, com clareza, leciona:

(...) a par da preponderância do aspecto negativo de interdição, os direitos de personalidade outorgam poder positivo ao seu titular, tendo em conta, principalmente, que o direito à vida privada deixou de ser simplesmente exclusão do terceiro da esfera reservada para assegurar a autodeterminação do indivíduo para *mener la vie de son choix*, sem que o Estado ou terceiros possam interferir. (SOUZA, 2002, p. 329).

⁵⁰ Artigo 11, Código Civil. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. (BRASIL, 2002).

Destarte, tendo como norte a possibilidade do exercício positivo dos direitos da personalidade, passaremos então a analisar o objeto central desta pesquisa: o direito à privacidade.

2.4 DIREITO À PRIVACIDADE/ INTIMIDADE

2.4.1 Evolução conceitual sobre o que seria a privacidade

A privacidade, tal qual concebida pelo Direito hoje, é fruto de um processo não apenas de reconhecimento do próprio direito à privacidade de modo autônomo, mas também de uma evolução da forma de caracterizá-la, por meio do delineamento de seus contornos ao longo da história recente do homem.

O direito à privacidade tem raízes modernas (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p. 440). De fato, as vidas dos povos antigos transcorriam nos espaços públicos (ECHTERHOFF, 2010, p 126), de modo que não havia uma noção de privacidade. No antigo Direito Romano, a oposição entre o público e o privado não se baseava na intimidade das pessoas, mas se referia ao que era de utilidade comum e dos particulares (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p. 440).

Durante a Idade Média, ainda não era possível reconhecer um anseio das pessoas pela privacidade. Até mesmo a máxima do direito inglês *every man's house is his castle* não significava uma tutela da privacidade, mas sim protegia o indivíduo da inviolabilidade do seu domicílio (SAMPAIO, 1998, p. 40). A privacidade era, igualmente, desconhecida por parte da alta aristocracia, uma vez que, o palácio de Versalhes, quando do reinado de Luís XIV, não dispunha de banheiros, haja vista a vida do rei se passar, literalmente, em público (DONEDA, 2006, p. 126).

Com a ascensão da classe burguesa e do individualismo marcante da época, aliada a uma nova formação arquitetônica das casas e das cidades, na qual se tornava mais propícia a separação por classes e categorias, bem como o isolamento, há um enriquecimento da esfera privada (DONEDA, 2006, p. 127). Dessa forma, essa incipiente privacidade (ainda que não tutelada com esse nome) passa a ser privativa de uma classe emergente burguesa, que, com forte grau de individualismo, passa a se utilizar da mesma para proporcionar ao burguês um isolamento em sua própria classe social (RODOTÀ, 2008, p. 27).

Surge, então, uma concepção de privacidade associada, diretamente, à proteção da propriedade. Cabe ressaltar que não havia a tutela da privacidade de *per si*, como

direito fundamental autônomo, mas uma proteção meramente reflexa. Nesse sentido, Hannah Arendt:

(...) uma vida passada totalmente em público, na presença dos demais, torna-se, por assim dizer, superficial. Mesmo conservando sua visibilidade, ela perde a faculdade de subtrair-se à visão pública um certo fundo mais obscuro que deve permanecer escondido para não perder efetivamente sua profundidade. A única maneira eficiente de garantir o segredo disto que deve permanecer escondido é a propriedade privada, um local do qual se seja proprietário, no qual refugiar-se. (ARENDT, 2007, p. 52).

Destarte, a propriedade era “uma condição inafastável para se chegar à privacidade” (DONEDA, 2006, p. 130-131), ainda que incipiente. Assim, ante o individualismo reinante, o nascimento da privacidade não se apresentava como uma exigência fundamental de cada indivíduo, mas se encontrava associado à aquisição de um privilégio por parte de um grupo (RODOTÀ, 2008, p. 27).

Neste particular, como não era considerado um direito autônomo, a privacidade não teve menção nas primeiras declarações de direitos da história, tendo sido assegurada em um documento internacional apenas em 1948 na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem⁵¹ (FARIAS, 2008, p. 124). Após alguns meses, em dezembro do mesmo ano, foi objeto do artigo 12, já mencionado, da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

De fato, em um sistema eminentemente patrimonialista e cujos pensadores pregavam um individualismo extremo, não havia espaço para a tutela jurídica do direito da privacidade como direito autônomo e fundamental a cada homem. O reconhecimento desse direito como inerente ao indivíduo, em sede de direitos da personalidade, apenas pode ocorrer com a mudança de pensamento, na qual o ser humano passa a ocupar o centro do ordenamento jurídico.

Como precursor desse direito, menciona-se trabalho de David Augusto Röder, *Grundzüge des naturrechts*, que, 1846, apontava como atos violadores do direito natural à vida privada incomodar alguém com perguntas indiscretas ou entrar em um aposento sem se fazer anunciar (SAMPAIO, 1998, p. 55).

A origem da feição moderna do direito à privacidade foi marcada pelo egoísmo (DONEDA, 2006, p.8), ao assumir a defesa do direito de ser deixado só. Ele foi

⁵¹ Artigo 5º, Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua vida particular e familiar. (OEA, 1948).

formulado por Samuel Warren⁵² e Louis Brandeis, em 1890, ao publicarem o artigo *The right to privacy*. Os referidos autores utilizaram no seu estudo, além da expressão direito à privacidade, a locução *the right to be let alone*, formulada, originalmente, pelo magistrado Cooley em sua obra *The elements of torts*, de 1873 (FARIAS, 2008, p. 125). Diferentemente do Juiz Cooley, que utilizou a expressão no contexto de proteção contra o contato físico indesejado, os referidos autores a utilizaram na concepção de um novo direito: a privacidade (LEONARDI, 2009, p. 53).

Com a publicação desse artigo, o direito à privacidade sofre uma transformação. Desliga-se de sua concepção ligada ao liberalismo, vinculado ao direito de propriedade e dele dependente, e passa a ser um atributo da personalidade do homem, com um enfoque eminentemente civilista (BARROS, 2009, p. 29). A tutela da privacidade desliga-se da proteção dos interesses de uma classe social e passa a integrar o patrimônio da humanidade.

Por meio do referido artigo, os autores apresentam os contornos de um novo direito humano, extraído da própria *Common Law* diante do surgimento de da imprensa sensacionalista e da difusão das máquinas fotográficas. Nesse sentido, colaciono:

Recent inventions and business methods call attention to the next step which must be taken for the protection of the person, and for securing to the individual what Judge Cooley calls the right "to be let alone." "4 Instantaneous photographs and news-paper enterprise have invaded the sacred precincts of private and domestic life"⁵³. (WARREN; BRANDEIS, 1890, p. 195).

Apesar de em nenhum momento terem conceituado do que seria privacidade, os autores sustentam que o respeito à vida privada seria uma abstenção, um respeito ao direito de estar só e tranquilo. Em diversos momentos do artigo, eles apresentam os contornos do novo direito da personalidade. Nesse sentido, o objeto de proteção, o estar só, compreendia os pensamentos, as emoções e os sentimentos dos indivíduos, independentemente da forma em que expressados (WARREN; BRANDEIS, 1890, p. 205).

⁵² Warren tinha uma motivação especial para escrever o artigo: a cobertura sensacionalista de seu casamento com a filha de um senador americano por mais de 60 jornais. (LEONARDI, 2009, p. 52).

⁵³ Recentes invenções e métodos comerciais chamam atenção para o próximo passo que deve ser dado com vistas à proteção da pessoa e para segurança do indivíduo, aquilo que o Juiz Cooley chama de o direito "de ser deixado em paz". Fotografias instantâneas e empresas jornalísticas invadiram o espaço sagrado da vida doméstica. (WARREN; BRANDEIS, 1890, p. 195, tradução nossa).

Esse direito da personalidade conferia uma verdadeira imunidade à pessoa (WARREN; BRANDEIS, 1890, p. 207), ao se distanciar do direito à reputação. O direito, tal qual concebido, protegia o sentimento íntimo das pessoas mesmo contra a imputação de fatos verdadeiros e independente da boa ou má intenção do violador (WARREN; BRANDEIS, 1890, p. 197).

Interessante notar que já naquela época vigia a ideia de consentimento e autonomia privada no que tange aos direitos da personalidade e, em especial, da privacidade. Nesse sentido, a publicação de fatos da vida privada pelo próprio indivíduo ou com seu consentimento não acarretaria a violação ao *right to be let alone* (WARREN; BRANDEIS, 1890, p. 218).

Tal doutrina defende ser a privacidade uma espécie de imunidade do indivíduo perante terceiros, um isolamento social ou uma verdadeira privação (LEONARDI, 2009, p. 54). Seria marcada por uma “relação-zero”, definida como a ausência de interação ou comunicação. Esse marco inicial do direito à privacidade muito influenciou a doutrina, mas merece reparos haja vista a privacidade apenas poder ser mensurada e classificada considerando seu aspecto relacional, ou seja, em um convívio em sociedade.

Em um primeiro momento a tutela da privacidade, no âmbito pretoriano, cuidou mais da vida íntima de pessoas famosas em suas respectivas localidades. A doutrina menciona os casos da famosa atriz francesa Elisa Rachel Félix⁵⁴ e do ditador italiano Benito Mussolini e sua amante Clara Petacci⁵⁵. Com o crescimento do fluxo de informações, consequência do desenvolvimento tecnológico, questões de pessoas comuns, no que tange à tutela da privacidade, passaram a chegar aos Tribunais. Não eram apenas os famosos ou pessoas com um mínimo de projeção social que viam sua vida privada devassada, mas também o cidadão comum, em uma gama diversificada de situações.

Em paralelo a esse conceito tradicional de privacidade, surgiu outro, também de natureza negativa, que a aproxima do direito de não sofrer interferências dos outros, sendo um direito de não-intromissão. Ele se diferencia do total isolamento da posição anterior, mas assegura ao “indivíduo manter seus assuntos para si e decidir por si

⁵⁴ Após sua morte, retratos da famosa atriz em seu leito de morte foram amplamente divulgados pela imprensa, levando sua irmã a requerer judicialmente a cessação dessas publicações. (SAMPAIO, 1998, p. 55).

⁵⁵ Por diversas vezes, a justiça italiana se viu diante de questões sobre o envolvimento do ditador com Clara Petacci. (DONEDA, 2006, P. 11-12).

mesmo em que medida eles serão submetidos à observação e discussão públicas” (LEONARDI, 2009, p. 56).

Esse conceito muito se aproxima da noção de vida privada para Hannah Arendt, na qual vigeria o princípio da exclusividade. A referida filósofa contemporânea, baseando-se em Kant, entende ser o princípio de exclusividade o limite ao direito de informação através da ponderação de que a vida íntima não é de interesse público, cabendo ao indivíduo decidir em que medida sua vida será exposta ao público geral. Nesse sentido, seguem suas palavras em um de seus últimos artigos, *Reflections on Little Rock*, acerca do princípio da exclusividade:

Here we choose those with whom we wish to spend our lives, personal friends and those we love; and our choice is guided, not by likeness or qualities shared by a group of people—it is not guided, indeed, by any objective standards or “rules—but strikes, inexplicably and unerringly, at one person in his uniqueness, his unlikeness to all other people we know⁵⁶. (ARENDR, 2000, p. 52-53).

Hannah Arendt, tendo passado pela dura experiência da privação da cidadania, valorizou sobremaneira a intimidade (LAFER, 1991, p. 267). Para tanto, ressaltou a importância de sua tutela para a dignidade humana, entendendo pela necessidade da proteção das sombras do indivíduo, as quais permitem a transparência dos sentimentos da vida íntima. Para ela, a intimidade se insere em uma esfera mais recôndita, a da confiança exclusiva, de modo que o que não for de interesse de terceiros deve ser afastado da publicidade (LAFER, 1991, p. 268).

O próprio Supremo Tribunal Federal já adotou essa perspectiva ao afirmar que o direito à intimidade seria “a expressiva prerrogativa de ordem jurídica que consiste em reconhecer, em favor da pessoa, a existência de um espaço indevassável destinado a protegê-la contra indevidas interferências de terceiros na esfera de sua vida privada”. (BRASIL, STF, 2000).

Ocorre que essa concepção de privacidade é insuficiente por dois aspectos. Por primeiro, conceituar privacidade como o resguardo contra interferências externas acaba por não delimitar a razoabilidade dessas intromissões. Certamente, nem todas as

⁵⁶ Aqui escolhemos aqueles com os quais desejamos passar nossas vidas, amigos pessoais e aqueles que amamos; e nossa escolha é guiada não por semelhanças ou qualidades compartilhadas por um grupo de pessoas — ela não é guiada, de fato, por nenhum padrão objetivo ou normas, mas, inexplicável e infalivelmente, afetada pelo impacto de uma pessoa em sua singularidade, sua diferença em relação a todas as pessoas que conhecemos. (ARENDR, 1959, p. 52-53, tradução nossa).

interferências violam o direito da personalidade do indivíduo, mas esse conceito não define qual é o limite do razoável, qual o “grau de acesso de terceiros em relação ao indivíduo” (LEONARDI, 2009, p. 61). Não são apontados parâmetros para se assegurar, com certeza, se a atitude violou o direito à privacidade.

Ademais, adotar esse conceito de privacidade seria por demais restritivo, assumindo uma feição negativa, assim como o direito de ser deixado só. Não se resguardam as atividades de coleta, armazenamento e processamento de dados pessoais que não revelem segredos. Esse, como a seguir se verá, é o grande problema da privacidade hoje. Dessa forma, ao excluir a proteção de tais dados, revela-se uma concepção incompleta e parcial de privacidade.

Uma outra maneira de se entender a privacidade é identificá-la com o segredo ou sigilo. Nesse sentido, Tércio Sampaio é preciso em afirmar que o atributo máximo da intimidade é o segredo (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p. 442). Assim, a violação da privacidade seria a revelação pública de um segredo relacionado a um determinado indivíduo.

Partindo da concepção anterior, que relaciona privacidade à vedação de interferências alheias, pode-se afirmar que manter sigilo ou segredo não deixa de ser um resguardo contra interferências de terceiros. Ocorre que esse conceito é ainda mais restritivo uma vez que “o segredo envolve apenas uma dimensão de acesso ao indivíduo, que é a ocultação de fatos pessoais” (LEONARDI, 2009, p. 62).

O sigilo é, inegavelmente, um dos meios de proteção da privacidade, mas não constitui a sua essência. De fato, quando se trata de segredo, é imperioso reconhecer que a faculdade de manter sigilo diz respeito a informações privadas, como previsto no artigo 5º, inciso XII⁵⁷, da Constituição, ou de interesse da sociedade e do Estado, consoante o inciso XXXIII⁵⁸ do mesmo artigo. Desta feita, há informações secretas que não são privadas, tais como informações militares, bem como há dados privados que não são secretos, como a relação de débitos em aberto de um indivíduo.

Não há, portanto, perfeita associação entre sigilo e privacidade. Nesse sentido, a inviolabilidade do sigilo não é uma faculdade exclusiva da privacidade, uma vez que

⁵⁷ Artigo 5º, XII, Constituição Federal. É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. (BRASIL, 1988).

⁵⁸ Artigo 5º, XXXIII, Constituição Federal. Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. (BRASIL, 1988).

há a proteção do sigilo da sociedade e do Estado. Assim, para Tércio, o sigilo é “*conditio sine qua non* (condição), mas não é *conditio sine quam* (causa) do direito fundamental à privacidade” (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p. 445).

Ressalte-se que a maioria dos hábitos de um indivíduo, tais como livros que lê, produtos que compra, páginas da *internet* que visita, não são segredos, mas se revelam assuntos eminentemente privados. Assim, reforce-se: o grande problema da privacidade hoje não é o acesso a segredos do indivíduo, mas o controle de seus dados pessoais.

Nesse sentido, Stefano Rodotà, ao esclarecer que a privacidade das últimas décadas passou a se relacionar com uma série de interesses que teriam modificado bastante seu perfil, defende que o direito à privacidade não se estrutura mais em torno do eixo pessoa-informação-segreto, mas sim em um eixo pessoa-informação-circulação-controle (RODOTÀ, 2008, p. 93).

Superado o paradigma da zero-relationship (DONEDA, 2006, p. 23), a proteção da privacidade na sociedade da informação⁵⁹ ou de rede⁶⁰ consolida a própria teoria dos direitos da personalidade, ao afastar da privacidade aquela leitura de um individualismo exacerbado, conferindo ao indivíduo, dotado de uma dignidade inalienável, os meios necessários para a construção de uma esfera privada. Nesse sentido, confere-se ao homem, hoje, “um papel positivo na sua própria comunicação e relacionamento com os demais” (DONEDA, 2006, p. 24).

Partindo dessa concepção, na proteção de dados pessoais, a privacidade deixa de ser considerada como sinônimo de proteção de tranquilidade ou de isolamento perante investidas de terceiros ou do Estado, passando a ser considerada em seu aspecto positivo. A autodeterminação informativa, que será mais bem delineada no tópico 2.4.5, passa a designar o direito dos indivíduos de decidirem, por si sós, quando e dentro

⁵⁹ Sociedade da Informação é um termo que surgiu no século XX, no momento em que a tecnologia teve grandes avanços. O conceito surgiu nos trabalhos de Alain Touraine (1969) e Daniel Bell (1973) sobre as influências dos avanços tecnológicos nas relações de poder, identificando a informação como ponto central da sociedade contemporânea. As sociedades contemporâneas são, assim, atravessadas por inúmeras mudanças, sendo relevante a que se prende com as novas tecnologias. Estas não transformam a sociedade por si só, mas são utilizadas pelas pessoas em seus contextos sociais, econômicos e políticos, criando uma nova comunidade local e global: a Sociedade da Informação. (GOUVEIA, 2004, p. 1).

⁶⁰ Para Manuel Castells, a sociedade que vivenciamos hoje não mais seria a de informação, mas a de rede. Segundo o referido autor, a atual revolução tecnológica acarretou não a centralidade do conhecimento e das informações, mas sim novas formas de comunicação, baseadas na internet, às quais ele denomina de autocomunicação de massas. Essa nova forma de comunicação, que tem sua espinha dorsal formada por redes de computadores, alcança uma audiência global e possibilita uma diversidade e autonomia ilimitadas no fluxo de comunicação que constroem significado na cabeça das pessoas. (CASTELLS, 2016, p. 23).

de quais limites seus dados pessoais podem ser utilizados. Esse é o novo direito da privacidade que se descortina.

2.4.2 Conceito: a uma tentativa de diferenciação entre privacidade, intimidade e vida privada

Compreendidos os direitos da personalidade como espécie dos direitos fundamentais⁶¹, e tendo por norte que o indivíduo é dotado de uma dignidade a ele imanente, o artigo 21 do Código Civil de 2002 assegura que “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

Destarte, nem o legislador, nem o constituinte não diferenciaram privacidade, intimidade e vida privada, conferindo à doutrina tal tarefa. Tanto a Constituição Federal, como o Código Civil de 2002 não definiram ou sequer mencionam a palavra privacidade: sua existência é inferida através das expressões intimidade e vida privada.

De fato, a expressão privacidade é, por demais, ampla e se tornou uma “palavra-camaleão”, sendo utilizada para se referir a uma ampla gama de interesses radicalmente distintos (LEONARDI, 2009, p.46), de modo que merece disciplina no âmbito da doutrina para uma melhor delimitação do que se considera, de fato, direito fundamental constitucionalmente protegido. Há uma profusão de termos utilizados pela doutrina brasileira para representá-la: privacidade, vida privada, intimidade, segredo, sigilo, recato, privatividade e privaticidade, dentre outros (DONEDA, 2006, p 101).

Ademais, essa profusão de conceitos sobre o que seria privacidade não se reduz à dicotomia entre os modelos *Civil Law* e *Common Law*. Como explicitado por Marcel Leonardi, embora o sistema romano-germânico adote um conceito de privacidade baseado na dignidade da pessoa humana e o modelo anglo-saxão aproxime privacidade ao direito de liberdade, não haveria unidade de tratamento da privacidade dentro de um mesmo sistema jurídico, como se verifica no diverso tratamento desse direito nos Estados Unidos e no Reino Unido. A doutrina menciona, ainda, que, não obstante o direito europeu caminhe para uma uniformização relativa, as diferenças culturais⁶² entre

⁶¹ Importante rememorar que existe parcela considerável da doutrina que entende não haver relação de gênero-espécie entre direitos fundamentais e da personalidade, consoante explicitado no item 2.3.

⁶² Como exemplo pode-se mencionar as diferenças culturais entre Finlândia e Itália sobre o que é privado, muito embora ambos adotem a *Civil Law* como sistema jurídico. Ao passo que os finlandeses sejam reservados e discretos, em relação à nudez adotam comportamento diverso, ao divertirem-se nus em

membros do bloco europeu dificultam um tratamento único no que tange à privacidade (LEONARDI, 2009, ps.49-50).

A doutrina diverge, até mesmo, em relação à etimologia da palavra privacidade. Embora seja apontada como um aglicismo, decorrente da palavra *privacy*, na verdade, o vocábulo tem origem latina, decorrente do verbo *privare*, cuja forma adjetiva é *privatus* (LEONARDI, 2009, p. 45). Essa origem latina da palavra não afasta, segundo Danilo Doneda, o fato de que seu amplo uso no vernáculo seja decorrente do seu intenso emprego na língua inglesa, o que teria conferido a falsa impressão de anglicismo (DONEDA, 2006, p. 107).

Essa ausência de uma definição precisa sobre o adequado nome e os contornos do direito da personalidade em estudo não é um problema exclusivo da doutrina e legislação brasileiras. Vislumbramos em diversos países essa mesma problemática.

Não há uma terminologia unívoca a respeito do direito da personalidade em questão em diversos sistemas jurídicos. Essa ausência de uma clara definição do direito, que reflita “uma consolidação do seu tratamento semântico, não é um problema localizado da doutrina brasileira” (DONEDA, 2008, p.1).

No direito anglo-americano, ele é conhecido como *right of privacy* e faz referência a uma série de situações que o sistema romano-germânico não trata como direito à privacidade (DONEDA, 2008, p.1). Segundo José Adércio, os americanos não costumam denominar o direito ora em estudo como *intimacy* (intimidade), haja vista ter este termo um sentido ordinário, alusivo a relações íntimas entre pessoas, notadamente aquelas de natureza sexual (SAMPAIO, 1998, p. 270).

No direito português, o artigo 80⁶³ do Código Civil denomina de *direito à intimidade da vida privada* (JABUR, 2000, p. 256). O direito italiano indica-o como sendo *diritto alla riservatezza* (direito de reserva). No direito espanhol, menciona-se *derecho a la esfera secreta* (GUERRA, 2007, p. 121), muito embora sejam usadas as expressões *derecho a la intimidad* e *derecho a la vida privada* (DOTTI, 1980, p. 136)

René Ariel Dotti, com clareza, explicita que, no direito francês, haveria uma distinção entre *droit à la vie privée* e direito à intimidade da vida privada, este de caráter

saunas públicas, com suas famílias inteiras, sem qualquer conotação sexual. Já os italianos, um povo extrovertido, falante e bem humorado, adotam em relação à nudez atitude completamente diversa da dos finlandeses, sendo, nesse aspecto bem mais reservados. (LEONARDI, 2009, p. 50).

⁶³ Artigo 80, Código Civil Português. 1. Todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem. 2. A extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas. (PORTUGAL, 1966).

mais restritivo, correspondendo ao essencial na vida particular de alguém (DOTTI, 1980, p. 132). No que tange ao direito alemão, este será objeto de estudo no próximo tópico, quando da delimitação das esferas.

Não há dúvida de que a privacidade é condição necessária para o livre desenvolvimento da personalidade, entretanto, a falta de clareza em sua definição cria embaraços no campo judicial, especialmente quando há uma tentativa de se diminuir seu alcance em nome da segurança pública e da liberdade de pensamento. Dessa forma, necessária uma adequada definição do que seria privacidade.

Ocorre que estabelecer os precisos contornos do que seria o direito à privacidade é uma tarefa por demais árdua, na qual os diversos doutrinadores pátrios divergem profundamente. Interessante notar que, até mesmo, a jurisprudência de nossos Tribunais diverge sobre a delimitação do tema, acarretando imprecisões quanto aos referidos institutos.

Assim, no que pertine à difícil tarefa de diferenciar e delimitar o que seria intimidade, vida privada e privacidade, existem doutrinadores que entendem possuir a vida privada dois sentidos corriqueiros. Em uma acepção ampla, equivaleria ao termo intimidade. Já no sentido mais estrito, vida privada significaria apenas uma das esferas da intimidade, sendo este o sentido empregado pela Constituição Federal no artigo 5º, X (FARIAS, 2008, p. 131).

O professor José Adércio, de um modo particular, defende que a diferença entre intimidade e vida privada decorreria dos bens ou valores a serem protegidos, como liberdade sexual, familiar e âmbito de informações pessoais. Dessa forma, ele salienta que a intimidade cuidaria do “âmbito das informações pessoais, do relacionamento comunicativo do ser com os demais, enfim, de uma *autodeterminação informativa* ou *informacional*” (SAMPAIO, 1998, p. 277). Desta feita, a proteção das informações pessoais ocorreria no âmbito do direito à intimidade, sendo este integrante do conceito de vida privada.

Já Tércio Ferraz traz a diferenciação baseado de acordo com a esfera de proteção, de modo que a intimidade cuidaria do mais íntimo do ser humano, e a vida privada se referiria a algo menos restrito e mais aberto a terceiros, baseando-se na livre vontade do indivíduo (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p 442).

É o mesmo entendimento perfilhado por René Ariel Dotti, para o qual a intimidade seria um sentimento que brotaria do mais profundo do ser humano, sendo, assim, algo diverso e menos abrangente que a vida privada (DOTTI, 1980, p. 132-133).

Assim, a intimidade seria algo mais restrito do que a vida privada, caracterizando-se por ser um espaço impenetrável, intransponível e indevassável da pessoa. Ao passo que a vida privada, mais geral, corresponderia à esfera em que a pessoa veda a intromissão alheia, sendo-lhe facultado partilhar tais fatos ou informações com outras pessoas que lhe convêm, sendo estas da família ou amigos próximos (GUERRA, 2007, p. 124-125).

Observe-se que essa parte da doutrina sequer menciona a privacidade ou delimita uma distinção entre ela e intimidade e vida privada. Nesse particular, Alice Monteiro de Barros, em estudo que cuida da proteção da intimidade do trabalhador, é precisa ao atribuir uma dimensão maior ao direito à privacidade, de modo compreender a intimidade e a vida privada (BARROS, 2009, p. 35)

Há doutrinadores, entretanto, que identificam os conceitos de privacidade e intimidade, asseverando que não haveria qualquer minoração protetiva ao se utilizar um ou outro vocábulo indistintamente (JABUR, 2000, p. 255).

Este trabalho, sabedor da controvérsia doutrinária existente, adota a posição de José Afonso da Silva que, em emblemática e importante posição, ao analisar o artigo 5º, X, da Constituição Federal prefere utilizar a expressão direito à privacidade, por preferir um termo mais genérico e amplo, “de modo a abarcar todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade” (SILVA, 2004, p. 205). Para o referido constitucionalista, a privacidade revela-se como o conjunto de informações acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle ou comunicar a terceiros, decidindo a quem, como e a forma em que se dará.

Com efeito, depreende-se que o direito à privacidade é gênero, de modo a abarcar os conceitos de intimidade e de vida privada, ainda que haja uma certa controvérsia doutrinária sobre os precisos contornos do que estes últimos conceitos seriam.

É bom salientar que essa distinção entre privacidade, intimidade e vida privada tem efeitos meramente acadêmicos, sem qualquer repercussão prática. Uma vez que a Constituição Federal e o Código Civil foram redundantes, ao explicitar a proteção da intimidade e da vida privada, o direito da personalidade restou resguardado, ainda que haja controvérsia quanto à nomenclatura utilizada.

O fato de o constituinte ter tentado enumerar as violações ao direito de privacidade, mencionando a intimidade e vida privada do indivíduo, demonstra a intenção de ampliar o conceito do direito em estudo, conferindo maior proteção ao

mesmo. É o que o professor Gilberto Haddad Jabur leciona, ao defender não haver utilidade na distinção entre os termos, uma vez que foram:

(...) seqüencialmente alinhados em obséquio à técnica legislativa de todo louvável à vista de variantes doutrinárias (insuficientes para minorar a tutela de um ou do outro), motivo porque o texto se socorreu de ambos substantivos para afiançar o valor que endereçou a qualquer aspecto recôndito da pessoa. (JABUR, 2005, p. 90).

Assim, o emprego das expressões vida privada e intimidade teve como intuito impedir que divisões conceituais a respeito do direito da privacidade acabassem por excluir algum fato do âmbito de proteção do referido direito da personalidade.

Ressalte-se, ainda, que tais conceitos não são estanques, estando sempre abertos a novas interpretações e acréscimos, acompanhando a própria evolução da história humana (SAMPAIO, 1998, p. 274). De modo que, tendo um sentido dinâmico, não seria possível uma delimitação estanque acerca dos contornos entre privacidade, intimidade e vida privada.

Nesse sentido, Danilo Doneda é preciso ao sustentar que, muito embora tenha havido um excesso pelo legislador ao utilizar diferentes expressões, não se está diante de hipóteses diversas que deveriam, de igual maneira, ser diferentemente valoradas. O aprofundamento dessa discussão dogmática, ante o evidente grau de subjetividade que encerra, acabaria por desviar o foco principal do problema em questão, que é a aplicação do direito fundamental da pessoa humana à tutela de seus dados pessoais (DONEDA, 2006, p. 110).

Adotada neste trabalho⁶⁴ a expressão direito à privacidade, uma vez que, por ser genérica e ampla, apresenta-se adequada, unificando os valores expressos nos termos intimidade e vida privada, cabe, então, conceituar o que seria o direito fundamental em análise.

Como explicado no tópico anterior, o entendimento de privacidade foi sendo alterado ao longo do tempo, tendo havido uma mudança de perspectiva para a tutela da dignidade humana, bem como uma adequação às novas exigências de proteção da esfera privada em um mundo moderno, diante de recentes tecnologias de informação. Assim, a privacidade passou a representar não apenas a proteção de questões existenciais das

⁶⁴ Importante destacar, como já mencionado, que parcela da doutrina considera as expressões privacidade e intimidade como sinônimas ou, até mesmo, a intimidade sendo gênero, abarcando os conceitos de privacidade e intimidade. Este trabalho apenas optou por seguir a posição clássica de José Afonso da Silva por razões já explicitadas.

pessoas, como convicção política, ideologias ou religião, mas também passou a tutelar uma proteção aos dados pessoais.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia foi precisa ao captar essa mudança de paradigma no âmbito de proteção do direito à privacidade, ao desdobrar o direito da personalidade em duas partes: o respeito à vida familiar e privada e a proteção dos dados pessoais, consoante já explicitado. Assim, sem que tivesse sido “fragmentada sua fundamentação, que é a dignidade do ser humano” (DONEDA, 2006, p. 27), a Carta conferiu ao povo europeu uma proteção à privacidade de uma maneira completa e atual, compatibilizando a vedação de intromissões exteriores à tutela de dados pessoais, que é a nova e contemporânea faceta desse direito da personalidade.

Baseado nesse exemplo europeu, destaca-se a conceituação de Stefano Rodotà, que assim propõe ser a privacidade “o direito de manter o controle sobre as próprias informações e de determinar as modalidades de construção da própria esfera privada” (RODOTÀ, 2008, p. 92). Essa forma de entender a privacidade revela-se consentânea com o mundo em que vivemos pois entende ser ela meio para o livre desenvolvimento da personalidade, ao conferir ao indivíduo primazia e controle sobre sua vida privada e informações pessoais.

2.4.3 Delimitação das esferas

Importante para a construção e delimitação do direito à privacidade é a distinção entre as esferas pública e privada. Inúmeros doutrinadores e pensadores já tentaram diferenciar e delimitar o que seria o espaço público e privado. Este trabalho apresentará, primeiramente, uma concepção filosófica sobre qual seria tal distinção. Em seguida, analisaremos a jurisprudência e doutrina alemãs sobre as diferentes esferas na sociedade.

Para a filosofia contemporânea, a gênese da distinção entre o público e o privado encontra-se no pensamento grego. Haveria uma distinção marcante, um abismo, reconhecendo-se uma separação entre as esferas pública e privada e que, nesse contexto, os membros das famílias viviam submetidos ao patriarca (HABERMAS, 2003, p. 20).

Assim, a esfera pública seria o local em que se desenvolveria a política. É a esfera comum, em que todos são iguais e livres para expressar suas opiniões. É por meio dela que os cidadãos gregos exerciam a sua vida política, atentos à situação da *polis*.

Como asseverado no começo do capítulo, a plenitude para os gregos é o serviço ao Estado (no caso, a *polis*), que deve ocorrer na esfera pública.

Partindo-se desse pressuposto, é natural que Aristóteles inicie sua *Política* explicitando o valor fundamental que o ambiente da cidade, a esfera pública, exerce na formação do homem, alegando-o superior aos demais:

Sabemos que toda cidade é uma espécie de associação, e que toda associação se forma tendo por alvo algum bem; porque o homem só trabalha pelo que ele tem em conta de um bem. Todas as sociedades, pois, se propõem qualquer bem – sobretudo **a mais importante delas**, pois que visa a um bem maior, envolvendo todas as demais: a cidade ou sociedade política. (ARISTÓTELES, 2009, p. 8, grifo nosso).

Por mais paradoxal que seja, seria a esfera pública seria reservada à individualidade, sendo o único lugar em que os homens poderiam mostrar quem realmente e inconfundivelmente seriam (ARENDT, 2007, p. 51). Desse modo, a esfera da *polis*, seria a esfera da liberdade, em que o homem se realizava politicamente no serviço ao Estado.

Já a esfera privada seria a da casa, da família e daquilo que é próprio ao homem. Diferentemente da esfera pública em que reina a igualdade e liberdade, é uma esfera em que a família é o centro da mais severa desigualdade (ARENDT, 2007, p. 41), haja vista ser o chefe da família o único a exercer um poder de mando sobre todos os seus subordinados, tais como mulher, filhos e escravos. O que prevalece não são os laços afetivos, mas sim uma necessidade de alimentos e segurança, proporcionada pelo chefe da família.

Baseando-se nessa gênese de divisão entre as esferas, termo “público” refere-se a dois fenômenos distintos, embora correlacionados. Significa, em um primeiro aspecto, aquilo que pode ser visto e ouvido por todos. Nesse sentido, “só à luz da esfera pública é que aquilo que é consegue aparecer, tudo se torna visível a todos” (HABERMAS, 2003, p. 16). Com efeito, uma vez que os pensamentos da mente, as paixões do coração ou os deleites do sentido são divulgados, o privado torna-se de acesso público. Nesse sentido:

(...) toda vez que falamos de coisas que só podem ser experimentadas na privacidade ou na intimidade, trazemo-las para uma esfera na qual assumirão uma espécie de realidade que, a despeito de sua intensidade, elas jamais poderiam ter tido antes. A presença de outros que vêem o que vemos e ouvem o que ouvimos garante-nos a realidade do mundo e de nós mesmos. (ARENDT, 2007, p. 60).

Entretanto, haveria sentimentos que não poderiam suportar a luz implacável e crua da presença dos outros na esfera pública, tais como a dor física e o amor. Para eles, a esfera adequada seria a privada. A outra acepção do termo “público” seria o próprio mundo, uma vez que “é comum a todos e, ao mesmo tempo, diferente do lugar que nos cabe dentro dele” (ARENDT, 2007, p. 62).

A expressão “privado”, por sua vez, remete a privação (HABERMAS, 2003, p. 24). E, de fato, era privação pois significava um estado no qual o indivíduo se privava das altas capacidades do homem, a serem exercidas na esfera pública. Nesse sentido, para os gregos, a esfera privada seria uma privação, tendo-se em vista que no espaço público é onde as capacidades do homem se desenvolvem em plenitude. Assim, “quem quer que vivesse unicamente uma vida privada (...) não era inteiramente humano” (ARENDT, 2007, p. 48).

Até mesmo em se considerando o aspecto contemporâneo da esfera privada, se o indivíduo viver uma vida completamente privada acaba por ser destituído de coisas essenciais à vida verdadeiramente humana: “ser privado da realidade que advém do fato de ser visto e ouvido por outros, privado de uma relação objetiva com eles decorrente do fato de ligar-se e separar-se deles mediante um mundo comum de coisas” (ARENDT, 2007, p. 68).

Hannah Arendt ressalta que, com o surgimento do cristianismo, perdeu força a concepção de que o lar seria um espaço íntimo de privação. Isso decorre do fato de que, tanto da esfera privada como na esfera pública, o homem deve procurar o amor ao próximo para obter a salvação e evitar ser condenado (2007, p. 69). Com efeito, no âmbito privado, surge o valor da intimidade, como um meio de escape do mundo para o interior da subjetividade (LAFER, 1991, p. 263).

Observa-se, então, uma prevalência da esfera pública sobre a privada. Celso Lafer explicita que, na visão arendtiana, aquele que vive apenas sua vida e se preocupa apenas com as necessidades a ela inerentes seria ignorante. E isso ocorre pois desconhece a relevância do mundo comum e compartilhado, extremamente importante para se evitar um novo estado de natureza totalitário (LAFER, 1991, p. 238). Nesse sentido, ela sublinha a importância dos direitos humanos voltados para a esfera do público:

Ser visto e ouvido por outros é importante pelo fato de que todos vêem e ouvem de ângulos diferentes. É este o significado da vida pública, em comparação com a qual até mesmo a mais fecunda e satisfatória vida familiar pode oferecer somente o prolongamento ou a multiplicação de cada indivíduo, com os seus respectivos aspectos e perspectivas (...) esse mundo familiar jamais pode substituir a realidade resultante da soma total de aspectos apresentados a uma multidão de espectadores. (ARENDT, 2007, p. 67).

Assim, é apenas por meio da publicidade da esfera pública que a política, entendida como meio de comunicação e de interação de modo a assegurar o poder de agir conjunto das pessoas, pode ter continuidade (LAFER, 1991, p. 245).

Em sua obra, ela afirma que, com o triunfo da sociedade na era moderna, ocorre a substituição da ação pelo comportamento, bem como a substituição do governo pessoal pela burocracia, que “é o governo de ninguém” (ARENDT, 2007, p. 55). Emerge, assim, a esfera social.

Com efeito, a esfera privada, em sua feição moderna, passou a proteger aquilo que é íntimo. E, diferentemente do que se podia conceber, não foi descoberta como o oposto da esfera política (pública), mas sim da esfera social, com a qual tem laços mais estreitos e autênticos. Hoje a esfera privada teve um processo de enriquecimento através do moderno individualismo (ARENDT, 2007, p. 48).

Nesse sentido, a esfera privada moderna nasce a partir da mudança estrutural da esfera pública em que Estado e sociedade passam a se interpenetrar. Assim, a esfera íntima passa a cuidar de atividades designadas para formação social antes responsabilidade da esfera pública (HABERMAS, 2003, p. 180-181).

Assim, com o advento da sociedade de massas, emergiu a esfera social, a qual se caracteriza por uma irresistível tendência de crescer e devorar as esferas do político (pública) e privada, inclusive a “esfera mais recente da intimidade” (ARENDT, 2007, p. 55). Assim, contra uma esfera social em constante crescimento, encontram-se a esfera do privado e do íntimo, bem como a do político (pública), todas incapazes de oferecer resistência.

Dessa forma, o que marcaria e caracterizaria a era moderna seria a indistinção entre as esferas pública e privada, ambas incapazes de sucumbir à predominância da esfera social. Ressalte-se que, segundo seu entendimento, a vida pública e a vida privada devem ser consideradas separadamente, pois são diferentes seus objetivos e preocupações.

Nesse sentido, seguindo o entendimento da filósofa, o totalitarismo, uma vez que tem como uma de suas características a não politização da sociedade, promove a destruição da esfera pública e a eliminação da esfera privada. Por força do regime totalitário, os limites do público e do privado deixam de existir, não havendo espaço para a tutela do direito à intimidade (LAFER, 1991, p. 245).

Destarte, com o advento da modernidade, há a exigência de que os indivíduos se comportem com uma só opinião e um único interesse, como se fossem membros de uma grande família (LAFER, 1991, p. 263). Em resposta a essa emergência do social, a intimidade, para Hannah Arendt, afirma-se para assegurar ao indivíduo sua identidade diante dos riscos de nivelamento social (LAFER, 1991, p. 267).

No âmbito da intimidade vige o princípio da exclusividade, consoante já explicitado neste capítulo. Nesse sentido, Celso Lafer, em livro que trata de direitos humanos sob a ótica da Hannah Arendt, conclui:

Para ela, a defesa da intimidade também se coloca como necessidade para a defesa da esfera pública, que se vê afetada quando o íntimo, cuja transparência deve ficar adstrita ao reservado, invade o público, pois esta invasão banaliza o público e compromete o juízo. (LAFER, 1991, p. 271).

Uma outra tentativa de diferenciar o que seria vida pública, privacidade e intimidade foi realizada pelo Tribunal Constitucional Alemão. Baseando-se na doutrina de Heinrich Hubmann, o *Bundesverfassungsricht* foi preciso em desenvolver a teoria das esferas ou dos círculos concêntricos, também conhecida como “teoria da pessoa como cebola passiva” (DONEDA, 2006, p. 108). Cabe salientar que, quanto mais próximo da esfera central da personalidade, mais rígidos são os limites à atuação estatal. Tal doutrina foi posteriormente abandonada, no que se refere à sua aplicação em tema de proteção de dados pessoais em uma célebre sentença de 1983 pelo próprio Tribunal Alemão⁶⁵.

Hubmann utiliza um esquema de esferas concêntricas para representar os diferentes níveis de privacidade que o indivíduo poderia sentir em sua vida cotidiana: *Öffentlichkeitsbereich*, a mais periférica, que corresponderia à vida pública; *Privatphäre*, a esfera da vida privada e, por fim, a *Intimsphäre*, também conhecida

⁶⁵ O tema será tratado a seguir quando do desenvolvimento do que seria autodeterminação informativa.

como *Geheimnisphäre*, a esfera mais recôndita, que seria a intimidade ou do segredo (DONEDA, 2006, p 108).

A esfera mais periférica é aquela que se pode denominar de vida pública ou social do indivíduo. São informações de amplo conhecimento da sociedade, ocorridas em locais públicos ou, até mesmo, prestadas pelo próprio indivíduo a toda a coletividade. Não têm proteção no âmbito da privacidade, uma vez que são de domínio público.

A segunda esfera é a da vida privada. Nela estariam todas as matérias relacionadas com notícias e expressões que o indivíduo deseja excluir do conhecimento de terceiros. Menciona-se como exemplo a imagem física, bem como comportamentos, ainda que ocorridos fora do domicílio, que só devem ser conhecidos por quem tem regular contato com a pessoa (ECHTERHOFF, 2010, p 140).

A esfera mais interior corresponderia à intimidade, espaço confidencial na vida do indivíduo. É o espaço do segredo, onde o indivíduo se apresenta realmente como é, uma vez que não tem o receio de tais informações se tornarem públicas. Em tal esfera, destaca-se a orientação sexual, assim como tudo aquilo que o indivíduo leva ao conhecimento de outra pessoa de sua confiança, excluído o público geral e aqueles pertencentes ao ciclo da vida privada e familiar. São assuntos que não devem chegar ao conhecimento de outros devido à sua natureza extremamente reservada.

O problema dessa teoria das esferas concêntricas é que ela não é uma unanimidade dentro da doutrina, nem quanto à denominação das esferas, nem quanto à quantidade das mesmas.

Ademais, o estabelecimento dessas esferas não é rígido, de modo que suas linhas divisórias acabam por ser flexíveis e elásticas. Assim, a maior ou menor amplitude dependerá, inclusive, da profissão à qual o titular do direito à privacidade pertence, em uma análise conjunta de tempo e lugar da suposta violação à privacidade (ECHTERHOFF, 2010, p 143).

Nesse sentido, emerge como de fundamental importância a situação de uma pessoa famosa, uma vez que os limites à sua esfera privada, certamente, serão diferenciados.

Dessa forma, especialmente no que tange à proteção de dados pessoais, objeto deste trabalho, esta classificação das esferas revela-se incompleta, uma vez que não aponta em qual das esferas eles estariam situados. Ressalte-se, ainda, que, em sede de dados pessoais, como se verá adiante, a doutrina e jurisprudência indicam que se trata

de um direito à privacidade a ser exercido de forma positiva (e não negativa, como tradicionalmente ocorre na tutela da intimidade), na qual o indivíduo tem o protagonismo em determinar o destino de seus dados pessoais.

2.4.4 Limitação

Os direitos da personalidade, consoante acima asseverado, não são absolutos ou ilimitados. Esse entendimento é consolidado não apenas porque, modernamente, não se concebem direitos absolutos, mas, especialmente, em razão da multiplicidade de aspectos ou projeções que a valoração de tais direitos pode provocar. Nesse sentido, pode surgir um aparente conflito entre direitos fundamentais ou, até mesmo, uma situação conflitiva que envolva dois direitos idênticos.

Nesse sentido, pelo próprio imperativo de vida em comum na sociedade, podem surgir limitações ao direito de privacidade como decorrência das necessidades impostas pelo direito de privacidade de outros cidadãos. Haverá, assim, um conflito ou penetração entre diversas esferas pessoais (ECHTERHOFF, 2010, p 150).

Destarte, em sendo o direito à privacidade um fundamento em si mesmo, é assente dizer que a privacidade de um indivíduo só se limita pela privacidade de outro indivíduo, tendo, então, o mesmo limite no direito alheio que se reconhece ao direito de liberdade (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p. 445).

A doutrina também menciona restrições à privacidade impostas pela notoriedade do indivíduo. De fato, a pessoa notória tem a sua circunscrição privada diminuída diante do reconhecimento ou projeção que alcançou em uma comunidade ou público em geral.

Gilberto Jabur, em livro dedicado ao conflito entre a liberdade de pensamento e a vida privada, tem firme posição no sentido de que a intromissão na vida privada da pessoa notória não pode se dar sem qualquer justificativa. Ele sustenta que não seria qualquer motivo que legitimasse a quebra da privacidade, mas a divulgação de uma informação de uma pessoa notória “deve estar necessariamente ligada, umbilicalmente jungida, a um dado ou aspecto pessoal responsável pela celebridade alcançada” (JABUR, 2000, p. 287).

Assim, apenas se justifica a invasão da privacidade da pessoa famosa em questões relacionadas ao motivo de sua própria notoriedade. Caso contrário, em não se preservando o mais íntimo do ser humano desvinculado do que o teria alçado à fama,

seria uma indevida e ilegítima intromissão, consistindo em devassa da vida privada (JABUR, 2000, p. 287).

Para José Adércio Sampaio, o direito à privacidade, não sendo absoluto, tem limitações que se operam de duas formas: por atuação legislativa ou por intervenção jurisdicional (SAMPAIO, 1998, p. 383).

No que tange à restrição por atuação legislativa, o referido doutrinador mineiro sustenta que ela poderia ocorrer diretamente ou por meios indiretos. Seria uma restrição direta quando a lei incidir diretamente sobre o âmbito de proteção da privacidade, desde que haja uma autorização constitucional nesse sentido.

Foi o que ocorreu com a interceptação telefônica, que, mediante permissivo constitucional⁶⁶, foi editada a lei 9.296/1996, a qual incidiu diretamente sobre o direito à privacidade, relativizando-o nas hipóteses nela previstas. Nessa situação, segundo Tércio Ferraz, a própria Constituição fez o sopesamento dos interesses do indivíduo, da sociedade e do Estado, permitindo a restrição à privacidade (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p. 445).

Existem, entretanto, situações em que a restrição legislativa ocorre indiretamente, a partir da conformação ou concretização de outro direito, de uma competência ou bem constitucional (SAMPAIO, 1998, p. 383). Nessas situações haveria uma restrição da privacidade em nome de outro direito ou valor, como segurança (artigo 144 CF), moralidade pública (artigo 37, caput, CF), do exercício das funções institucionais do Ministério Público (artigo 129, VI, CF) e da fiscalização contábil, financeira e orçamentária da União e das entidades da Administração Direta e Indireta, pelo Congresso Nacional e Tribunal de Contas da União (artigos 70 e 71 CF).

Como exemplo, pode-se mencionar a quebra de sigilo bancário, das correspondências e comunicações quando essas liberdades estiverem sendo utilizadas para a salvaguarda de práticas ilícitas. A doutrina, então, estabelece uma série de exigências para a restrição da privacidade: tratar-se de lei em sentido estrito, clara, precisa em suas disposições; haver adequação, necessidade e proporcionalidade da medida não apenas em abstrato, para a validade constitucional da lei, mas em concreto, na sua execução (SAMPAIO, 1998, p. 384).

⁶⁶ Artigo 5º, XII, Constituição Federal. É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. (BRASIL, 1988).

Dessa forma, a restrição no direito à privacidade deve ser cuidadosamente valorada. Não se pode impor uma restrição legislativa a tal direito da personalidade desamparado do cotejo entre os fins e as consequências na restrição do direito. Nesse sentido, colaciono:

O que determina a legitimidade da intromissão na esfera íntima desvinculada do caráter de ilicitude, é a manutenção da ordem pública, como gênero do qual participam a necessidade de justiça aliada ao inconcusso interesse público, que é sempre tão decantado quanto mal interpretado. (JABUR, 2000, p. 291).

Além desses requisitos, para José Adércio Sampaio, por mais que esteja justificada a restrição do direito à privacidade, deve haver a garantia do núcleo essencial do direito à intimidade, que não pode ser suprimido (SAMPAIO, 1998, p 384). Assim, existe um núcleo do direito à privacidade que deve ser preservado face às investidas do Estado, ainda que a tal direito se oponham, justificadamente, valores essenciais à sociedade, como segurança ou moralidade públicas. Podemos dizer que esse núcleo essencial da intimidade corresponderia à dignidade do próprio indivíduo, ao seu valor ínsito como pessoa, o qual não pode ser suprimido.

Por fim, o titular do direito à privacidade, observando a autonomia privada que lhe é inerente, pode autorizar e determinar limitações ao próprio direito que lhe assiste. Em um mundo cada vez mais tecnológico, em que todos estão sujeitos a vigilância constante, a privacidade perde sua concepção negativa e passa a ser reconhecida em seu aspecto positivo de autodeterminação informativa. É o triunfo da autonomia privada que passa a ter aplicação no âmbito das informações pessoais e da privacidade.

2.4.5 Direito à autodeterminação informativa

Vivemos em um mundo extremamente tecnológico em que nossas informações pessoais encontram-se dispersas em diversos bancos de dados, que vão de cadastros públicos a registros pessoais em lojas de departamento. Para acessar o rede *wifi* de um determinado estabelecimento, temos que preencher formulários que revelam não apenas quem nós somos, mas, por meio das informações prestadas, torna-se possível criar um perfil do consumidor. Perfil este que pode ser, mais adiante, vendido para outras redes também interessadas, dentre inúmeras outras possibilidades.

Estamos submetidos a diversos tipos de vigilância, relativos a compras rotineiras e comuns, acesso à internet, bem como à participação nas redes sociais. Sites de busca anotam nossas pesquisas, estimulando estratégias de marketing. Isso sem mencionar que temos que mostrar documentos de identidade *on line*, inserir senhas e usar controles codificados em diversos contextos, desde fazer compras pela internet à entrada em edifícios (BAUMAN; LYON, 2013, p. 9).

Ainda nos anos 80, a doutrina asseverava que a revolução tecnológica teria aberto um universo em que a criatura humana teria perdido a individualidade. Os cidadãos estariam sujeitos à vigilância constantemente, de modo que não haveria segredos para o Governo (DOTTI, 1980, p. 142).

Stefano Rodotà sustenta que viveríamos em uma esquizofrenia social, política e institucional pois, malgrado tenha aumentado a consciência da importância de proteção de dados, cada vez mais é difícil respeitar a privacidade dos indivíduos, “uma vez que as exigências de segurança interna e internacional, interesses de mercado e a reorganização da administração pública estão levando à diminuição de salvaguardas importantes, ou ao desaparecimento de garantias essenciais” (RODOTÀ, 2008, p.13).

Assim, podemos constatar que nos encontramos em um estado de vigilância líquida, na medida em que o controle suaviza-se, especialmente, na questão do consumo. Desse modo, a proteção à privacidade se afrouxaria à medida que fragmentos de dados pessoais obtidos com uma finalidade seriam, facilmente, utilizados com diverso fim (BAUMAN; LYON, 2013, p.10).

O que distingue a informação pessoal e sua importância para os dias de hoje é que vivemos em uma sociedade de informação ou de rede, consoante já asseverado. As informações, antes dispersas em inúmeros bancos de dados, com a tecnologia hoje existente, passaram a ser reunidas e, portanto, passíveis de utilização e apropriação. Desse modo, há uma “maior desenvoltura na sua manipulação, desde a coleta e tratamento, até os meios para sua comunicação. O vetor que faz a diferença é exatamente o tecnológico” (DONEDA, 2006, p. 153).

Com efeito, José Adércio Sampaio entende que as inovações tecnológicas no campo da informática quanto ao tratamento de dados pessoais acabaram por redefinir o conceito de privacidade (SAMPAIO, 1998, p. 496). E isso se deu pois, na sociedade de vigilância em que se vive, a informática acabou por transformar o cidadão em um homem de vidro: totalmente exposto em função da ampla circulação sem controle de seus dados pessoais (RODOTÀ, 2008, p.8).

Destarte, nossas informações pessoais possuem um vínculo por demais estreito com nós mesmos e, assim, acabam por nos revelar a quem as possuem. Essa é a razão primordial da tutela dos dados pessoais pois, ao ter informações sobre as pessoas, torna-se possível não apenas conhecê-las, mas criar um perfil com base em informações que, antes espalhadas, passam a se encontrar reunidas. Nesse sentido, podemos concordar com Pierre Catala ao afirmar que a informação pessoal, ao revelar um sujeito de direito mediante seus dados, é um atributo da personalidade:

Bien que la personne concernée ne soit pas “auteur” de l’information, au sens de sa mise en forme, elle est le titulaire légitime de ses éléments. Leur lien avec l’individu est trop étroit pour qu’il puisse en être autrement. Quand l’objet des données est un sujet de droit, l’information est un attribut de la personnalité⁶⁷. (CATALA, 1998, p. 231-232).

E essa vinculação entre pessoa e informação pessoal foi corroborada na Convenção de Estrasburgo de 1981 para o tratamento de dados pessoais ao conceituar, no artigo 2 – a, dados pessoais como “qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou suscetível de identificação” (CONSELHO DA EUROPA, 1981). Assim, pode-se entender uma informação ou dado como pessoal quando ela estiver vinculada a uma determinada pessoa, podendo revelar algum aspecto da mesma.

A doutrina nacional também perfilha esse entendimento, ao sustentar que a informação pessoal deve ser entendida como uma extensão da personalidade do indivíduo e, como tal, deve ser protegida pelo Direito. Haveria, portanto, uma representação direta da personalidade que decorreria da vinculação entre a informação pessoal e a pessoa a qual ela se refere (DONENA, 2006, p. 168).

Reconhecida a importância dos dados pessoais para a tutela da privacidade, há de se perquirir como houve a mudança de paradigma na proteção de tal direito fundamental. Cabe analisar como e em que medida a privacidade passou a ser encarada como proteção de dados pessoais, ainda que tais informações não sejam dotadas de sigilo, e sim dados comuns que revelam a personalidade do indivíduo.

Havia doutrinadores, como Allan Westin, que já afirmavam ser a privacidade o direito a controlar a maneira na qual os outros utilizariam as informações a nosso

⁶⁷ Mesmo que a pessoa em questão não seja a “autora” da informação, no sentido de sua concepção, ela é a titular legítima dos seus elementos. Seu vínculo com o indivíduo é por demais estreito para que pudesse ser de outra forma. Quando o objeto dos dados é um sujeito de direito, a informação é um atributo da personalidade. (CATALA, 1983, p. 231-232, tradução nossa).

respeito. Entretanto, foi com uma célebre sentença do Tribunal Constitucional Alemão, em 1983, que, ao julgar uma lei do censo⁶⁸ aprovada no ano anterior, utilizou a expressão “autodeterminação informativa”⁶⁹ para designar o direito dos indivíduos de decidirem por si sós, quando e dentro de quais limites seus dados pessoais podem ser utilizados (DONEDA, 2006, p. 196).

Na sociedade alemã surgiu um sentimento generalizado de insegurança devido à impressão de que o governo pudesse se utilizar dos dados para fins diversos e controle estatal dos cidadãos. Destarte, a Corte Constitucional declarou a inconstitucionalidade da lei do censo, amparada nos artigos 1.1 e 2.1 da Lei Fundamental Alemã⁷⁰, que garantem a dignidade da pessoa humana e o direito ao livre desenvolvimento da própria personalidade. Com efeito, direito à autodeterminação informativa foi concebido como um direito fundamental, na esteira do direito geral de personalidade (MARTINS, 2005, p. 238).

Nessa sentença, o Tribunal Constitucional alemão fixou alguns postulados importantes acerca dos dados pessoais dos indivíduos. O primeiro é o princípio da finalidade na coleta dos dados pessoais, de modo que, se coletados com um fim específico, não podem ser utilizados para finalidade diversa, como previsto na legislação alemã (MARTINS, 2005, p. 240).

Ademais, desmitificou-se a noção de que o tratamento de certo tipo de dados não seria importante para a tutela da privacidade. Na sentença, consolidou-se o entendimento que não se pode apenas levar em conta o tipo de informações, uma vez que tais dados podem ser combinados com outros e fornecer o perfil do indivíduo. Nesse sentido, colaciono trecho da sentença em questão, traduzida e comentada em livro comemorativo aos cinquenta anos do Tribunal Constitucional alemão:

Neste mister não se pode apenas condicionar o tipo de dados [que podem ser levantados, transmitidos etc.]. Decisivos são sua utilidade e

⁶⁸ Essa lei (Volkszählungsgesetz) previa que os dados colhidos seriam não apenas confrontados com os dados do registro civil, mas também a possibilidade de transferência dos mesmos para outras autoridades federais. Era prevista, ainda, uma multa para os cidadãos que não fornecessem as informações, bem como um mecanismo de favorecimento para quem denunciasses aqueles que se omitiram a responder o questionário. (MARTINS, 2005, p. 234).

⁶⁹ Informationelle Selbstbestimmung.

⁷⁰ 1.1 A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público; 2.1 Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral. (ALEMANHA, 1949).

possibilidade de uso. Estas dependem, por um lado, da finalidade a que serve a estatística e, por outro lado, das possibilidades de ligação e processamento próprias da tecnologia de informação. Com isso, um dado em si insignificante pode adquirir um novo valor: desse modo, não existem mais dados “insignificantes” no contexto do processamento eletrônico de dados. (MARTINS, 2005, p. 239).

Assim, o direito à autodeterminação informativa é uma afirmação do personalismo e proporciona à pessoa o controle de suas informações. Aquele clássico direito à privacidade de não intromissão foi transformado no direito à autodeterminação informativa, o qual assegura ao titular o controle de suas informações, tanto em um aspecto negativo, como positivo (SAMPAIO, 1998, p. 495).

Essa faceta positiva cuida do direito do homem de controlar suas informações pessoais, não apenas impedindo a sua utilização, como também tendo o controle das informações constantes em arquivos públicos e privados (ECHTERHOFF, 2010, p 152).

Pode-se, então, entender que o direito à privacidade, diante dessa face positiva da autodeterminação informativa, seria, qualitativamente, diferente da privacidade tal como concebida como um direito de estar só. Percebe-se um ponto de chegada na longa evolução do conceito de privacidade: o direito de controle sobre as próprias informações e determinar construção da própria esfera privada (RODOTÀ, 2008, p. 7).

De fato, reconhecer que o homem é livre acarreta conferir a ele a possibilidade de controle sobre as informações que a ele digam respeito. Assim, para José Adércio, o que o Tribunal Constitucional Alemão fez foi reconhecer um direito de liberdade informacional ao indivíduo, o qual não afasta o direito clássico de privacidade com viés negativo (SAMPAIO, 1998, p. 363).

Nesse sentido, a inviolabilidade da vida privada prevista no artigo 21 do Código Civil, em uma evidente leitura abstencionista acerca do direito à privacidade, deve ser encarada também no aspecto positivo, em uma função promocional e de controle de privacidade, mormente em uma sociedade tecnológica em que os dados dos cidadãos circulam livremente e sem qualquer controle.

Ressalte-se, então, que aquele aspecto clássico ainda persiste, diante da necessidade de não tornar público certos acontecimentos ou comportamentos. Além desse aspecto, garante-se o direito de o indivíduo ter pleno controle de suas informações pessoais constantes em bancos de dados, sendo-lhe assegurada a escolha das informações a serem armazenadas, bem como sua retificação ou cancelamento (ECHTERHOFF, 2010, p 155).

Desta feita, a proteção dos dados pessoais é um dos aspectos do direito à privacidade. Haveria, então, um direito à autodeterminação informativa em que o indivíduo escolhe o que compartilhar acerca de seus dados e com quem. Assim, a proteção de dados pessoais pode se circunscrever à esfera da vida privada (quando o titular dos dados os compartilha com familiares ou amigos íntimos), bem como à da intimidade (hipótese em que o indivíduo restringe os dados a si próprio).

Já para Catarina Sarmento e Castro, doutrinadora e ministra da Corte Constitucional de Portugal, o direito à autodeterminação informativa seria um direito fundamental de *per si* e não apenas integrante do direito à privacidade (CASTRO, 2003, p. 11).

Nesse sentido, para a referida autora, ele deveria ser encarado em uma dupla perspectiva: subjetiva e objetiva. Haveria uma dimensão subjetiva na medida em que “seus titulares gozam de posições jurídicas perante o Estado, para se defenderem dos seus abusos quanto à utilização da informação pessoal” (CASTRO, 2003, p. 11). Esse aspecto subjetivo manifesta-se enquanto caráter negativo, ao obrigar o Estado a se abster de tratar os dados pessoais dos cidadãos, mas também de forma positiva, impondo ao Poder Estatal a definição de regras jurídicas reguladoras da utilização dos dados pessoais, de modo a haver um direito a prestações normativas (CASTRO, 2003, p. 12).

Em sede de dimensão objetiva, também chamada de comunitária ou horizontal, seria imposta ao Estado a adoção de providências de defesa contra agressão de terceiros contra dados pessoais dos indivíduos (CASTRO, 2003, p. 12).

A privacidade, cabe destacar, atualmente, assume um caráter relacional, no qual se deve determinar o nível de relação da própria personalidade com as outras pessoas e com o mundo exterior (DONEDA, 2006, p. 144). Ademais, sendo concebido como um direito fundamental, na esteira do direito da personalidade, o direito à autodeterminação informativa proporciona ao indivíduo o controle sobre suas informações (DONEDA, 2006, p. 197).

Ao comentar esse caráter relacional da privacidade, Pietro Perlingieri assevera, quanto ao interesse da Administração Pública no que tange aos dados pessoais, que o requisito da utilidade para a Administração não pode e nem deve mais ser o único parâmetro de referência. Assim, o caráter “pessoal” dos dados assinalaria uma passagem de uma representação unilateral, que se baseava apenas no interesse da Administração,

para uma dimensão relacional, em que os interesses dos indivíduos em seus dados pessoais adquirem importância e merecem tutela (PERLINGIERI, 2008, p. 867-868).

Quanto à tutela nacional da proteção dos dados pessoais, a Constituição Federal assegura o sigilo de dados de forma genérica no inciso XII do artigo 5º⁷¹. Quanto ao tema, Tércio Ferraz defende haver diferença entre dados armazenados e transmitidos, aduzindo que “o objeto protegido no direito à inviolabilidade do sigilo não são os dados em si, mas a sua comunicação restringida (liberdade de negação). A troca de informações (comunicação) privada é que não pode ser violada por sujeito estranho à comunicação” (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p. 447).

Esse, entretanto, não é o entendimento mais recente do Supremo Tribunal Federal que, ao analisar possibilidade de quebra de sigilo de dados fiscais de contribuintes pela Administração Fiscal independentemente de ordem judicial, entendeu, no RE 389.808/PR, que os dados em si estariam protegidos pelo sigilo, sendo, então, necessária ordem judicial para acesso aos mesmos. Assim, nessa decisão, o Pretório Excelso entendeu que os dados em si mesmos, e não apenas sua comunicação, são tutelados pelo artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal.

Cabe frisar que, muito embora em decisão mais recente, no RE 601.314, o STF tenha permitindo o acesso do Fisco a dados bancários do contribuinte sem a necessidade de decisão judicial, manteve o entendimento de que os próprios dados são resguardados pelo sigilo pois considerou que não haveria quebra, mas sim mera transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal, ambas protegidas contra o acesso de terceiros, o que resguardava o sigilo. Desse modo, o entendimento assente no STF é no sentido de que os dados em si são tutelados pelo inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal.

Ainda quanto ao tema, Stefano Rodotà, ao comentar o artigo 8º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, que prevê, expressamente, a proteção dos dados como um direito à autodeterminação informativa, sustenta que a proteção das informações pessoais seria um tipo de proteção dinâmica, em contraposição à proteção estática ou negativa da vida familiar, prevista no artigo 7º. Assim, os dados pessoais devem ser protegidos em todos os seus movimentos, desde a informação de per si, até o fluxo de dados em dinâmica (RODOTÀ, 2008, p. 17).

⁷¹ Artigo 5º, XII, Constituição Federal. É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. (BRASIL, 1988).

Assim, a atenção se volta para o consentimento do interessado no fornecimento de dados pessoais. Mas surge o questionamento de que forma ele deve ser expresso. Para o Rodotà, há uma relevância na autorização, de modo que, em vez do *implied consent*⁷², cabe na tutela desse direito da personalidade o *informed consent*⁷³, que se manifesta em uma série de disposições que prescrevem quais devem ser as informações fornecidas ao interessado para que seu consentimento seja validamente expresso (RODOTÀ, 2008, p. 75).

Ainda quanto a esse consentimento informado, para Stefano Rodotà, não se revela possível estabelecer um completo sistema de autorizações e proibições pela via legislativa. Assim, o consentimento, quanto ao fornecimento de dados pessoais, é um caminho alternativo entre a *regulation*⁷⁴ e *deregulation*⁷⁵ (RODOTÀ, 2008, p. 76).

Por fim, cabe salientar que estamos diante de um direito da personalidade que assegura ao seu titular a construção e o controle de sua esfera privada. Não há de se cogitar na existência de um direito de propriedade acerca das informações pessoais. A órbita é outra e estamos tratando de direitos existenciais e proteção da dignidade do indivíduo.

2.4.6 Pode-se sustentar uma autodeterminação informativa de pessoas investigadas e condenadas?

Muito se questiona se, devido às precárias condições dos presídios brasileiros, em que vige a superlotação e não há um mínimo de condições de habitabilidade, poderíamos sustentar haver o direito à privacidade de pessoas condenadas e investigadas.

De fato, o tratamento degradante conferido ao preso provisório ou já definitivamente condenado no Brasil contribui para a reincidência criminosa, realimentando a violência que aflige os cidadãos nos centros urbanos. Nesse sentido, é inegável que a manutenção do indivíduo em celas superlotadas, submetendo-o a

⁷² É o consentimento implícito, o qual não é expressamente concedido por uma pessoa, mas inferido implicitamente por suas ações ou pelos fatos e circunstâncias de uma situação particular.

⁷³ É o consentimento informado, livre e desimpedido. Consta do artigo 5º da Lei 13.709/2018: Para os fins dessa lei, considera-se: (...) XII: consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada; (BRASIL, 2018).

⁷⁴ É a completa regulação do sistema de autorizações e proibições pela via legislativa. (RODOTÀ, 2008, p. 76)

⁷⁵ Constitui-se na ausência de regulação pela via legislativa.

experiências animalescas, além de violar o artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição da República⁷⁶, que assegura a integridade física e moral aos presos, acaba por mitigar, na realidade fática, a sua privacidade.

Entretanto, muito embora a vida nas penitenciárias brasileiras esteja longe do comando constitucional, não podemos nos ater à realidade que nos constrange a vista, mas sim analisar os ditames constitucionais e legais para, ao final, depreender se é possível sustentar uma autodeterminação informativa de pessoas sob o crivo estatal.

Nesse sentido, impõe-se rememorar que a privacidade não pode mais ser meramente concebida como direito de ser deixado só. Caso assim o fosse, de fato, não se poderia sustentar qualquer direito à privacidade de pessoas encarceradas, ainda que em sistemas prisionais qualificados pela excelência e respeito aos direitos humanos, como ocorre em diversos países desenvolvidos.

Assim, tendo-se por norte sua feição moderna, que engloba o resguardo contra interferências externas de terceiros, bem como a autodeterminação informativa quanto a dados pessoais, passamos a analisar a privacidade de pessoas presas.

Como mencionado no primeiro capítulo, constituem direitos do preso todos aqueles mencionados no artigo 41 da Lei de Execução Penal, dentre os quais o direito de se comunicar com o exterior por meio de correspondência escrita. Para as pessoas encarceradas, mantém-se o sigilo epistolar previsto no artigo 5º, inciso XII, da Constituição, com uma ressalva: havendo uma devida suspeita de práticas ilícitas, é lícito ao diretor do estabelecimento interceptar essa correspondência, nos termos do parágrafo único do artigo 41 já mencionado.

A doutrina discute se o permissivo legal autoriza a violação epistolar ou meramente a interceptação da mesma, uma vez que: “a comunicação com o mundo exterior é condição de saúde mental para quem está preso. A angústia do preso é com o que fica do lado de fora. (...) A censura à correspondência limita a liberdade individual e se insere no sistema de coisificação do preso” (FRAGOSO; CATÃO; SUSSEKIND, 1980, p. 39).

Isso ocorre pois, em virtude de uma interpretação convenientemente errônea do permissivo legal da LEP, são devassadas as cartas dos presos na quase totalidade dos estabelecimentos prisionais brasileiros, ao passo que deveriam, tão-somente, ser interceptadas.

⁷⁶ Artigo 5º, XLIX, Constituição Federal. É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral. (BRASIL, 1988).

Entretanto, o essencial quanto a esse debate acadêmico é que, ausentes quaisquer suspeitas de práticas ilícitas, não se pode violar a correspondência de pessoas presas. Desse modo, é assegurado o sigilo das correspondências de presos e pessoas custodiadas, um dos aspectos da privacidade, na modalidade resguardo contra interferências externas de terceiros, consoante acima asseverado. Nesse sentido, Anderson Schreiber é enfático:

Quem se toma suspeito de um crime e mesmo quem vem a ser condenado pela sua prática não se despede do seu direito à privacidade ou de qualquer dos seus outros direitos da personalidade. São direitos essenciais da pessoa humana, que, por óbvio, não deixa de ser considerada como tal ainda que venha a ser presa por certo delito. (SCHREIBER, 2013, p. 162).

Outro aspecto da privacidade de pessoas presas é a sua exposição pela mídia não apenas quando da captura, mas também quando da cobertura na época da investigação. Nesse sentido, alguns setores da polícia e do jornalismo não têm mostrado qualquer resguardo quanto à privacidade dos acusados de delitos. Meros suspeitos e detidos são sujeitos a uma exposição excessiva nos programas de TV e cobertura via internet. Quanto a esse outro aspecto da privacidade de pessoas investigadas:

A apresentação do detido como “coisa” apreendida não fortalece, mas sim macula operações policiais bem-sucedidas. O agente que segura o queixo de um suspeito, expondo forçosamente o seu rosto ao fotógrafo do jornal, não contribui para a crença na instituição policial, mas estimula a violação à dignidade humana do capturado. (SCHREIBER, 2013, p. 163).

De fato, imagens de prisões pirotécnicas, com muitos toques de cinema, têm sido, muitas vezes, usadas para resgatar a fé de uma população que se encontra carente de soluções para a questão da segurança pública e se considera abandonada de qualquer proteção estatal. Nesse sentido, natural que, durante os debates que resultaram na edição da súmula vinculante 11⁷⁷, o Ministro Gilmar Mendes tenha asseverado que o STF trataria das questões de prisões com pirotecnia futuramente, demonstrando que a exposição de presos fere a dignidade da pessoa humana (BRASIL, STF, 2008).

⁷⁷ Súmula Vinculante 11, Supremo Tribunal Federal. Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. (BRASIL, 2008).

Ressalte-se, ainda, que, no debate em plenário, o então Ministro Carlos Ayres Brito seguiu a mesma linha do Ministro Gilmar Mendes, afirmando que “esse tratamento degradante significa infamante, humilhante, como se dá quando o ser humano, ainda que preso em flagrante de delito, é exibido ao público como se fosse um troféu, uma caça, numa atmosfera de exibicionismo policial” (BRASIL, STF, 2008).

Dessa forma, a tutela da privacidade, como direito da personalidade, inerente a toda pessoa humana, não pode ser suprimida para uma categoria de pessoas, como os presos. Assim, a privacidade de tais indivíduos deve ser respeitada, não sendo justificativa que o interesse coletivo na segurança pública acarrete redução de seu âmbito de proteção. Nesse sentido, o Estado deve promover a proteção à privacidade de todos, como condição necessária a uma efetiva sensação de segurança, indissociavelmente vinculada ao respeito dos direitos fundamentais e do devido processo legal (SCHREIBER, 2013, p. 163).

Já no que tange especificamente à autodeterminação informativa de pessoas presas, cabe recordar o que hoje se denomina direito ao esquecimento, como sendo aquele que uma pessoa possui de não permitir que um fato, ocorrido em determinado momento de sua vida, seja exposto ao público, causando-lhe sofrimento ou transtornos. Esse direito, que tem origem na seara criminal (ANDRADE, 2016. p. 81), permite a ressocialização ao ex-detento, de modo a evitar uma perseguição por toda sua vida quanto a um cuja pena já foi cumprida foi acolhido no âmbito civil e hoje é reconhecido como direito da personalidade.

O caso mais famoso relativo a esse direito é o chamado “caso Lebach”, em que um condenado, ainda preso e prestes a deixar a prisão, obteve uma decisão judicial favorável a fim de evitar que um canal de televisão veiculasse um programa jornalístico baseado no crime que ele tinha cometido.

Dessa forma, o direito ao esquecimento pode ser considerado uma manifestação do direito à autodeterminação informativa, inclusive de pessoas presas. Assim, se o indivíduo tem direito a controlar a coleta e uso dos seus dados pessoais, é imperioso o reconhecimento de que tem também o direito de impedir que dados de outrora sejam revividos na atualidade, de modo descontextualizado, gerando-lhe risco considerável (SCHREIBER, 2013, p. 170).

Nesse sentido, o encarceramento não subtrai dos presos direitos da personalidade, como a privacidade, mesmo em sua feição contemporânea como a autodeterminação informativa. É evidente que, devido à própria situação peculiar em

que se encontram, eles não detêm controle sobre todas as suas informações pessoais, mas o núcleo essencial de tais direitos permanece. Meros suspeitos, indiciados, acusados e mesmo criminosos condenados por sentença penal transitada em julgado não perdem, por essa razão, aqueles direitos que compõem o núcleo essencial da condição humana, uma vez que não se despiram da qualidade de seres humanos a eles inerente (SCHREIBER, 2013, p. 163). Assim, pode-se sustentar que os presos detêm uma autodeterminação informativa, especialmente no que tange a seus dados genéticos, sendo o consentimento livre e espontâneo de sua parte um exercício legítimo de direito da personalidade.

2.4.7 Classificação de informações pessoais

Explicitada a necessidade de tutela dos dados pessoais, cabe, agora, distinguir as espécies de informações pessoais, bem como aferir se quaisquer tipos de informação são aptas a serem controladas pelos seus titulares.

Nesse sentido, informação pessoal seria aquele dado relacionado a um indivíduo identificado ou identificável, independentemente do suporte em que se encontre registrado, incluindo escrita, imagem, som ou vídeo (CASTRO, 2002, p. 481). Assim, identificado é aquele indivíduo que já é conhecido e identificável a pessoa que pode ser conhecida diretamente pelo possuidor de seus dados ou, indiretamente, por meio de recursos à disposição de terceiros.

Para Marcel Leonardi, seria amplo demais e escaparia da tutela da privacidade o controle de todas as informações pessoais. Ele afirma que haveria uma grande quantidade de informações que identificam uma pessoa, mas existem muitas delas que não seriam privadas. Para ele, o essencial seria a defesa da personalidade (LEONARDI, 2009, p. 76).

Isto posto, cabe destacar que as informações pessoais podem ser nominativas, quando referentes a uma pessoa determinada, e não nominativas, que são os dados não relacionados ou identificados a pessoas determinadas e que podem ser objeto de apropriação sem qualquer tipo de restrição. Excepcionam-se algumas limitações decorrentes de regimes legais específicos, como no caso das normas protetivas da propriedade intelectual, as quais impedem que, sem autorização do autor, terceiros tenham acesso a dados específicos.

Como exemplos de dados não nominativos, a doutrina menciona os “dados estatísticos, bibliográficos, econômicos, sociais, políticos e eleitorais não relacionados ou identificados – pelo menos diretamente – com alguma pessoa” (REINALDO FILHO, 2006, p. 99). Nesse sentido, por serem dados anônimos, referentes a uma coletividade (DONEDA, 2006, p. 158), sua apropriação, uso ou difusão não atingiriam os direitos da personalidade na medida em que não atingiriam a privacidade do indivíduo (REINALDO FILHO, 2006, p.99)

Já em relação aos dados nominativos, estes se subdividem em dados sensíveis e não-sensíveis, os quais seriam aqueles não reservados ao seu titular. Como exemplos, mencionam-se “dados que se referem a atributos da pessoa (como nome, estado civil e domicílio) ou a qualquer outra circunstância de sua vida civil e profissional (como profissão, ocupação educação, filiação a grupos associativos, etc)” (REINALDO FILHO, 2006, p. 97).

Tais dados não geram danos ou risco de dano ao seu titular. Desse modo, podem ser utilizados e armazenados, reservando-se ao titular o controle de sua existência, veracidade e possibilidade de retificação (ECHTERHOFF, 2010, p. 157). Confere-se ao indivíduo esse direito ao controle e retificação de tais dados, pois o decurso do tempo pode gerar alterações nos mesmos que podem gerar danos, como se vislumbra na hipótese de um banco de dados desatualizado em que a correspondência não chegue ao destinatário.

Já os dados sensíveis são aqueles ligados diretamente à privacidade do indivíduo e que, se utilizadas, podem acarretar utilização discriminatória ou lesiva ao titular (DONEDA, 2006, p. 160). Como exemplos, mencionam-se as preferências sexuais da pessoa, as condições de sua saúde, sua adesão a idéias políticas, ideologias, crenças religiosas, bem como suas manias, trações do seu caráter e personalidade (REINALDO FILHO, 2006, p. 98). Dessa forma, gozam de maior proteção jurídica, de modo que o titular pode, além de controlar seu armazenamento, uso e veracidade, impedir totalmente sua utilização (ECHTERHOFF, 2010, p. 157).

Em oposição a essa tutela primordial apenas dos dados sensíveis, existem doutrinadores que, considerando a sociedade em rede hoje existente e todos os problemas da privacidade já mencionados, indicam a existência de um profundo processo de revisão dos critérios de classificação das informações pessoais. Haveria a necessidade de aplicação de uma escala de valores renovada, de modo a conferir “o

máximo de opacidade às informações suscetíveis de originar práticas discriminatórias (RODOTÀ, 2008, p. 35).

Diante dessa nova necessidade, as técnicas tradicionais seriam insuficientes. Não haveria como distinguir um possível núcleo “duro” da privacidade, passível de proteção e pleno controle por parte do titular da informação, com diverso tratamento quanto aos demais dados. Nessa sociedade de informação, revela-se cada vez mais difícil individualizar os tipos de dados em que o cidadão poderia renunciar a qualquer espécie de controle. E isso ocorre pelo motivo de que até as informações aparentemente inócuas, se devidamente integradas a outras, podem provocar danos ao indivíduo.

Acrescenta-se a esse fato considerar o cidadão como portador de uma autonomia informacional, como já asseverado, não sendo mais possível considerá-lo um mero fornecedor de dados, sem que a ele caiba alguma espécie de controle. Entretanto, surge um questionamento: como se dará esse controle amplo e generalizado?

Para Stefano Rodotà esse amplo controle em quaisquer dados pessoais se revela como um instrumento de equilíbrio na nova distribuição de poder que estaria se delineando na sociedade, uma vez que a privacidade deve hoje ser compreendida como tendo passado da fase do sigilo ao controle. Esse controle, para o referido autor, além de individual se dilata na dimensão coletiva (RODOTÀ, 2008, p. 36-37).

Essa, portanto, é uma visão extremamente garantista uma vez que confere uma plena eficácia ao direito da privacidade. Cabe ressaltar que essa visão teve acolhida na recente Lei 13.709/2018, que trata da proteção de dados pessoais, e condicionou a utilização de informações pessoais não sensíveis, como nome, telefone, endereço e CPF ao consentimento de seu titular⁷⁸, bem como assegurou a possibilidade de anotação e exclusão.

Assim, se na novel legislação há a determinação para o consentimento quanto ao uso e armazenamento de dados pessoais, ainda mais importante é a anuência do interessado para o tratamento de dados sensíveis. Nesse sentido, a própria lei, seu artigo 11, prevê o consentimento⁷⁹ para a utilização de dados sensíveis do indivíduo.

Com efeito, impõe-se desvendar a natureza das informações genéticas para que seja possível delinear se tais informações são dados sensíveis. Isto posto, no próximo

⁷⁸ Artigo 7º, XII, Lei 13.709/2018. O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: I – mediante o fornecimento de consentimento pelo titular; (BRASIL, 2018).

⁷⁹ Artigo 11, Lei 13.709/2018. É vedado o tratamento de dados pessoais sensíveis, exceto: I – com fornecimento de consentimento específico e em destaque, pelo titular, para finalidades específicas; (BRASIL, 2018).

capítulo analisaremos a importância das informações genéticas para a identificação pessoal, bem como os riscos de sua utilização em bancos de dados, de modo a delinear uma linha de controle de tais informações pessoais.

3 OS RISCOS NA UTILIZAÇÃO DE DADOS GENÉTICOS

A humanidade vivenciou inúmeros progressos no campo tecnológico, especialmente na área médico-biológica. Antes fatos possíveis apenas no campo da imaginação hoje são uma realidade concreta, mediante técnicas de mapeamento genético⁸⁰, como terapia genética⁸¹, clonagem⁸² e modernas técnicas de reprodução assistida⁸³.

Todas essas inovações foram possíveis com o aprofundamento do conhecimento genético por parte dos cientistas. Entretanto, ao mesmo tempo em que surpreendem a todos, os quais assistem pasmados a inovações sucessivas no campo da engenharia genética, levantam questionamentos éticos e jurídicos, devido a possíveis interferências quanto a direitos da personalidade dos indivíduos.

Nesse sentido, modernamente, em função desses avanços tecnológicos, o direito à privacidade vem sendo invocado para se evitar a veiculação de informações genéticas das pessoas, especialmente se houver o intuito discriminatório e eugênico.

Assim, neste capítulo, iniciaremos conceituado o que seria DNA e analisando os benefícios advindos do conhecimento genético. Em seguida, aferiremos se tais informações podem ser consideradas sensíveis e os perigos decorrentes do uso de tais dados para, ao final, analisar os bancos de dados genéticos.

3.1 DNA, GENOMA HUMANO E GENÉTICA

⁸⁰ O mapeamento do genoma humano é a localização dos genes nos cromossomos, bem como do conhecimento das distâncias físicas e genéticas que os separam, por meio do sequenciamento do DNA de cada cromossomo. (ALHO, 2006, p. 344).

⁸¹ A terapia genética ocorre quando há a transferência de material genético com o propósito de prevenir ou curar uma enfermidade genética. Em tais situações, nas quais um gene está defeituoso ou ausente, a terapia consiste em transferir a versão funcional do gene para o organismo portador da doença, de modo a reparar o funcionamento normal do mesmo. (BRUNET, 2000, p. 7).

⁸² A clonagem é o processo utilizado para criar uma réplica geneticamente exata de uma célula, tecido ou organismo. (ALHO, 2006, p. 345).

⁸³ A reprodução assistida, ou fecundação assistida, compreende duas técnicas: a inseminação artificial, isto é, a introdução de forma artificial dos espermatozoides no aparelho genital feminino, e a fecundação *in vitro*, ou seja, a extração do óvulo da mulher e sua fecundação externa. Estas técnicas têm por finalidade a procriação, e também o controle ou tratamento de doenças. (BRUNET, 2000, p. 8).

Foi no século XX que se deu uma verdadeira revolução genética na história da humanidade. Entretanto, em 1865, Gregor Mendel lançou as bases para esse progresso científico quando, por meio de experimentos em sua horta de ervilhas, descobriu que havia unidades de hereditariedade as quais não se misturavam no processo de reprodução. Ele denominou o que hoje entendemos por genes de “elementos”, compreendendo que eles seriam transmitidos de geração em geração. Sua genialidade foi entender precisamente como um ser herda e como transmite seus caracteres (ALHO, 2006, p. 346).

À época de sua descoberta, não foi conferida às leis de hereditariedade de Mendel a importância merecida. Apenas cerca de 40 anos depois suas teorias foram redescobertas e estimularam a comunidade científica a aprimorar as pesquisas.

Para a devida compreensão do tema e da importância do DNA para a identificação pessoal, cabe tecer breves comentários acerca de conceitos genéticos, essenciais para a devida compreensão do que seriam dados genéticos.

Nesse sentido, é importante destacar que os seres vivos são constituídos por células e que, no núcleo destas, encontram-se os cromossomos. No início do século XX imaginava-se que os cromossomos eram formados por genes, tendo sido apenas mais tarde que se descobriu que eles, na verdade, eram formados pelo DNA e proteínas. (BONACCORSO, 2010, p. 11).

O DNA, ácido desoxirribonucleico, é uma molécula formada por genes. Assim, o DNA “é a substância responsável pela informação hereditária contida nos genes, ou seja, é o mensageiro molecular da herança, onde estão quimicamente inscritas as informações genéticas dos seres vivos” (ALBAGLI, 1998, p. 8).

Na década de 40 a ciência identificou o DNA como portador da informação genética. Entretanto, o mecanismo pelo qual a informação era copiada de célula em célula apenas foi descoberto em 1953, quando Francis Crick e James Watson desvendaram a estrutura da molécula de DNA. Nessa ocasião acabaram por construir a paráfrase, conhecida como dogma central da biologia molecular: “o DNA faz o RNA⁸⁴, o RNA faz as proteínas e as proteínas fazem a gente” (BONACCORSO, 2010, p. 11).

Destarte, os genes, como estrutura do DNA, assumem função importantíssima pois contêm e transmitem a informação genética, sendo responsáveis pelo

⁸⁴ RNA é a sigla para ácido ribonucleico, que é o responsável pela síntese de proteínas da célula.

desenvolvimento embrionário e pela formação de um ser humano. Assim, genoma, então, seria o conjunto de genes que se encontra em cada célula do homem.

Com efeito, os genes são os primeiros responsáveis pela determinação e pelo desenvolvimento das características do ser humano, como cor de cabelo, temperamento, personalidade, aptidões de inteligência, dentre outras que serão mais bem abordadas em tópicos subseqüentes. O produto primário dos genes são as proteínas, e o produto final será o indivíduo completo (ALHO, 2006, p. 347). Nesse sentido, colaciono:

A vida depende da habilidade da célula guardar, recuperar e traduzir as instruções genéticas requeridas para fazer e manter um organismo vivo. Essa informação hereditária é passada de uma célula para suas células filhas pela divisão celular e de geração em geração de organismos através das células reprodutivas. Essas instruções são armazenadas dentro de cada célula viva como genes – os elementos que contêm informações que determinam as características de uma espécie como um todo e dos indivíduos que as compõem⁸⁵. (ALBERTS, 1998, p. 183, tradução nossa).

Assim, a herança genética recebida por um bebê de seus pais irá determinar grande parte de seu desenvolvimento, inclusive quanto a eventual doença genética. É bem verdade que o genótipo (conjunto de genes herdados) não determina integralmente as características do ser humano, como aparência, saúde e comportamento. Tais características base serão moldadas, também, pelo meio externo em que vive ou criado o indivíduo. É o que se denomina de norma de reação, pelo que mesmo que uma característica seja ditada pela constituição genética, o ambiente modulará a manifestação plena do gene (ALHO, 2006, p. 347).

Reconhecida, portanto, a importância dos genes para a saúde e comportamento humanos, formulou-se o Projeto Genoma Humano, a fim de aprimorar o conhecimento e compreensão dos genes humanos. Esse projeto, que foi uma cooperação internacional desenvolvida para a identificação da função e mapeamento da totalidade da sequência do genoma humano, tanto dos genes normais, como os patológicos, iniciou-se, oficialmente, em 1990 (BRUNET, 2000, p. 11), tendo sido encerrado, com sucesso, em 2000.

⁸⁵ Life depends on the cell's ability to store, retrieve and translate the genetic instructions required to make and maintain a living organism. This hereditary information is passed from a cell to its daughter cells by cell division and from generation to generation of organisms through the reproductive cells. These instructions are stored within each living cell as genes - the elements that contain information that determine the characteristics of a species as a whole and of the individuals composing them. (ALBERTS, 1998, p. 183).

O objetivo da decodificação do genoma humano e conseqüente mapeamento e identificação da função de cada gene era a possibilidade de realização de testes genéticos para a finalidade de diagnósticos e tratamentos (BRUNET, 2000, p. 12).

Com efeito, esse projeto permitiu a revelação de uma nova anatomia do homem – não aquela de ossos e músculos – mas uma anatomia do século XXI, que revela o esquema genético completo de um ser humano.

Cabe frisar que, não obstante recebido com euforia pela sociedade e comunidade científica, devido ao avanço na medicina diagnóstica e preventiva, o mapeamento do genoma humano não trouxe apenas benefícios. Há sérios questionamentos decorrentes dessas descobertas que necessitam da interferência da ética e do Direito.

Nesse sentido, surgem questionamentos quanto à privacidade dos dados genéticos e o uso que pode ser feito dessas informações genéticas. Assim, nos próximos tópicos analisar-se-ão não apenas os benefícios mas aspectos não tão difundidos do uso dos dados genéticos dos indivíduos.

3.2 BENEFÍCIOS ADVINDOS DO CONHECIMENTO GENÉTICO

A busca pela sobrevivência é uma constante na história da humanidade. Nesse sentido, a obtenção de saúde e a recuperação de doenças é um dos bens mais almejados pelos indivíduos, como medida que ajudará a prolongar seus dias na Terra. Assim, com o desenvolvimento tecnológico, houve o encontro entre eletrônica, biologia e genética, que acabou por descortinar novos cenários ao mesmo tempo promissores e inquietantes.

Neste particular, o conhecimento das características do DNA possibilitou aferir a concreta participação dos genes na transmissão da herança biológica. Desse modo, será possível aferir quais genes são os responsáveis por determinadas enfermidades, bem como os mecanismos de sua manifestação e transmissão (CASABONA, 1999, p. 55).

Destarte, há a possibilidade real de grandes benefícios com a pesquisa do genoma humano, ampliando as possibilidades de prevenção e cura de inúmeras doenças. Stefano Rodotà, ao discorrer sobre os benefícios advindos do conhecimento genético, menciona a possibilidade de um tratamento farmacológico personalizado de acordo com as características genéticas da pessoa. Ele, entretanto, ressalta que apenas haverá tais

benefícios se os dados genéticos forem estritamente limitados às finalidades médicas e terapêuticas (RODOTÀ, 2008, p. 250).

Esse tratamento especializado com base nas informações genéticas do indivíduo é o que se chama de Medicina Preditiva. Por meio dela, através de testes genéticos, verifica-se a possibilidade de um paciente desenvolver uma doença de origem, eminentemente, genética e, a partir desse diagnóstico, prevenir a doença ou realizar um tratamento farmacológico personalizado.

Quanto ao tema, conforme acima afirmado, não existe doença puramente monogenética, uma vez que há a influência de outros genes e do ambiente no desenvolvimento da doença (ECHTERHOFF, 2010, p. 46). Assim, a Medicina Preditiva tentará fazer previsões sobre doenças futuras com base na possibilidade de o indivíduo vir a desenvolver essa doença em função de uma predisposição genética.

O ministro Edson Fachin, outrossim, destaca não haver quaisquer dúvidas da relevância da pesquisa genética para a identificação de riscos de certas enfermidades ou administrações de tratamentos precoces. Para o ilustre civilista, o grande dilema seria o limite que se pode dar às pesquisas genéticas a fim de se evitar, de algum modo, a eugenia⁸⁶ (FACHIN, 2001, p. 213). Para ele, a eleição dos “dotados” em grau melhor, ou a exclusão dos “mal formados” sugeriria um controle que remeteria a uma suposta qualidade de raças, o que seria inconcebível (FACHIN, 2001, p. 215).

Ainda pode se salientar que, por meio de pesquisas genéticas em DNA, é possível apontar a filiação com precisão próxima a 100%. Desse modo, a ampliação do conhecimento genético trouxe inúmeros benefícios para as ações de estado. O fim do pai anônimo foi decretado com o avanço da pesquisa genética (FACHIN, 2001, p. 214).

Assim, o desenvolvimento científico no campo do genoma humano é de extrema importância para a busca de uma melhor saúde e conseqüente qualidade de vida para os indivíduos.

3.3 INFORMAÇÕES PERSONALÍSSIMAS

⁸⁶ Eugenia é a ciência que busca o aperfeiçoamento dos seres humanos. Pode se distinguir em duas espécies: a positiva e a negativa. Esta última busca extirpar os defeitos genéticos, através da esterilização ou recolhimento dos defeituosos a instituições fechadas, impedindo a transmissão de defeitos genéticos. A positiva prega a reprodução de “pessoas sadias” ou de “qualidade superior”, bem como a criação de “traços desejáveis”. (ECHTERHOFF, 2010, p. 56-57).

Compreendida a importância dos genes para tratamentos médicos, cabe, agora, aferir se as informações genéticas seriam informações personalíssimas, de modo a serem classificadas como dados sensíveis, no âmbito de proteção do direito à privacidade. Esse reconhecimento das informações genéticas como dados sensíveis acarretará ao seu titular, devido ao perigo de discriminação e mau uso por parte de terceiros, o direito de controlar seu armazenamento, uso e veracidade, bem como de impedir totalmente sua utilização.

Ainda que sejam incontestes os benefícios advindos da pesquisa genética, como alhures indicado, sabe-se que a manutenção de tais dados apenas em nível médico é extremamente difícil. Dessa forma, tais dados podem ser utilizados com fins diversos, como por exemplo, uma possível discriminação em função de um gene hereditário que acarreta uma doença ou anomalia.

Assim, nossa informação genética diz muito a nosso respeito, assim como de nossos familiares, como predisposição a ter certas aptidões, tendências, habilidades ou capacidades. Nesse sentido, Carlos Maria Romeo Casabona, catedrático da Universidade de Barcelona e especialista na interferência entre genoma e Direito, afirma que uma análise genética em determinada pessoa, pode revelar informação de caráter extremamente pessoal, que pode afetar a saúde presente e futura não apenas do indivíduo, mas também de seus familiares (CASABONA, 1999, p. 55).

Constata-se, portanto, a importância das informações genéticas uma vez que revelam não apenas dados personalíssimos da pessoa, mas, devido à herança genética, a circulação de tais informações pode atingir os familiares da pessoa envolvida. Com efeito, a obtenção de dados genéticos de um indivíduo pode suscitar problemas relativos a essa informação, a seu acesso e utilização na medida em que os interesses da pessoa afetada podem entrar em conflito com os interesses dos familiares. A esfera íntima não apenas da pessoa, mas também de seus familiares pode ser profundamente atingida com o acesso a tais dados, devido ao amplo conhecimento que acarreta (CASABONA, 1999, p. 56).

Em função desse encadeamento genético entre gerações, a violação da esfera privada através da obtenção de dados genéticos contra a vontade de seu titular (por meio de saliva, cabelos, pele ou sangue descartados) é gravíssima ante a realização de previsões não apenas a respeito do indivíduo, mas de todos os seus familiares. Passado, presente e futuro de gerações familiares podem ser examinados através de dados genéticos de apenas um membro dessa família (RODOTÀ, 2008, p. 249).

Os dados genéticos revelam tanto de seu titular, de modo particular e único, que a doutrina civilista menciona a existência de uma “impressão digital molecular” (FACHIN, 2001, p. 214). Quanto ao tema, Zeno Veloso esclarece que “a comparação genética através do DNA é tão esclarecedora e conclusiva quanto as impressões digitais que se obtêm na datiloscopia, daí afirmar-se que o DNA é uma impressão digital genética” (VELOSO, 1997, p. 109). Já Stefano Rodotà sustenta que o corpo tornou-se uma senha, tendo o DNA ocupado o lugar das palavras-chave abstratas a fim de se desconstituir o segredo (RODOTÀ, 2008, p. 248).

É por essa razão que os dados genéticos devem ser considerados como sensíveis, uma vez que revelam informações personalíssimas de seu titular. Carlos Maria Romeo Casabona (1999, p. 56), no que tange à proteção de dados genéticos, defende que, em função ao direito de privacidade, o acesso a tais informações deve ser restringido pois, em caso de haver uma difusão descontrolada de tais dados, haveria o risco de converter o ser humano em um cidadão “transparente” ou de “cristal”, suscetível a quaisquer tipos de discriminação.

Em interessante artigo, o professor Gustavo Tepedino (2007, p. 317), ao tratar de direito à privacidade de dados genéticos, menciona um exemplo dado por Stefano Rodotà em uma conferência que ministrou no Rio de Janeiro a convite da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Nessa passagem, foi mencionado que um repórter inglês de um tablóide sensacionalista, aproveitando-se de um descuido do então jovem príncipe William, acometido de uma gripe, teria se apropriado de um lenço de papel por ele utilizado e jogado em uma lata de lixo. Esse mesmo repórter, tendo se valido de idêntico subterfúgio, obteve amostra de tecido do Príncipe Charles e realizou o confronto das cadeias de DNA, cujo resultado negativo fez explodir as vendas do jornal popularesco.

Ao tratar dessa situação real, os professores Tepedino e Rodotà concluíram que a questão não tratava de um simples lenço de papel descartado em uma lata de lixo, o que poderia configurar uma *res derelectae*⁸⁷, mas sim “de informações que diziam respeito à própria essência da personalidade daqueles de quem foram apropriados” (TEPEDINO, 2007, p. 318). Nesse sentido, as informações genéticas do ser humano, como personalíssimas, são dados sensíveis e, como tal, devem depender de manifestação expressa daqueles que terão aspectos de sua intimidade revelados.

⁸⁷ Expressão latina que quer dizer coisa abandonada e, nesse sentido, suscetível de apropriação.

Destarte, constata-se dois problemas recorrentes quanto às informações genéticas: a liberdade pessoal quanto ao recolhimento do material genético e a difusão desses dados sensíveis sem o consentimento de seu titular.

No que toca a autonomia individual, Romeo Casabona sustenta a liberdade de decisão individual para o consentimento em relação à submissão ou cessão de amostras biológicas. Para ele (1999, p. 65), cabe a cada pessoa decidir a quem se revela, quando e em que extensão. Nesse sentido, ele (1999, p. 67) menciona o artigo 24⁸⁸ da antiga Confederação Helvética, que assegura que o material genético de uma pessoa não pode ser analisado sem o seu consentimento prévio.

De igual modo, a transmissão desses dados deve ter a anuência do seu titular, especialmente em função da possibilidade de se atingirem terceiros, que são os herdeiros do material genético. Assim, os dados genéticos devem ser considerados confidenciais e se impõe o segredo por parte dos profissionais e de outras pessoas que tenham acesso, por qualquer motivo, a tais dados (CASABONA, 1999, p. 57).

As informações genéticas possuem alguns traços especiais que as diferenciam dos demais dados sensíveis. Pode-se mencionar que a sua origem e características são involuntárias, não sendo possível ao sujeito de direitos escolher, voluntariamente, tais dados. Ademais, os dados genéticos são indestrutíveis, uma vez que presentes em todas as células do organismo, mesmo após a morte (ECHTERHOFF, 2010, p. 81).

É por essa razão que se entende que as informações genéticas constituem a parte mais dura do “núcleo duro” da privacidade (RODOTÀ, 2008, p. 107). Ora, na medida em que fornecem o perfil mais definido de uma pessoa, podem ser base de ações discriminatórias por parte de quem tenha acesso a esses dados.

Para o professor Rodotà (2008, p. 107), então, a privacidade dos dados genéticos não poderia ser tratada meramente como modalidade de construção da esfera privada, como ocorre nos demais dados sensíveis. Estaríamos, sim, diante de um ponto de ruptura, de modo que manter o resguardo de informações dos genes de uma pessoa seria uma situação de “construção da vulnerabilidade”, ante o evidente risco de uma nova organização de castas (*gene based caste system*) na sociedade.

A informação genética é um dos meios de identidade pessoal do ser humano, que ajuda a torná-lo alguém único em meio à diversidade da sociedade e do mundo em

⁸⁸ Art. 24. O material genético de uma pessoa não poderá ser analisado, registrado ou revelado sem seu consentimento prévio, salvo quando expressamente o autorize ou imponha a lei. (CASABONA, 1999, p. 67).

que vivemos. Nesse sentido, “essa identificação é valor indispensável na esfera personalíssima do ser humano, na formação de sua integridade psíquica, na sua história de vida, no que se pode definir como herança genética” (ALMEIDA, 2003, p. 87). Dessa forma, a consagração da identidade genética revela-se inviolável.

Assim, no tratamento dos dados genéticos, deve-se respeitar o ser humano enquanto pessoa, de modo a serem preservados os direitos da personalidade do indivíduo, como liberdade e privacidade. Como são dados sensíveis, cabe ao cidadão o controle não apenas quanto ao fornecimento de tais informações, mas também em relação à circulação delas.

Esse entendimento foi o adotado pela Lei 13.709/2018 que considerou os dados genéticos como sensíveis⁸⁹. Assim, o trato dos dados genéticos deve seguir as regras atinentes às informações sensíveis, no que tange à privacidade, de modo a ser necessária autorização do seu titular para o uso e armazenamento de tais dados.

Entretanto, a nova lei faz expressa ressalva para as hipóteses em que os dados genéticos são manipulados e armazenados para fins de segurança pública⁹⁰, como ocorre na Lei 12.654/2012. Dessa forma, a presente pesquisa não apenas se mantém como se revela extremamente atual porquanto será analisado, no próximo capítulo, se a dignidade da pessoa humana permite um tratamento diferenciado dos dados genéticos de pessoas investigadas e condenadas.

3.4 BIOPODER: O USO DE DADOS GENÉTICOS POR EMPRESAS

No tópico anterior, pudemos constatar a importância dos dados genéticos para a identificação pessoal e como meio de fornecer informações personalíssimas do indivíduo, razão pela qual devem ser considerados como dados sensíveis.

Nesse contexto, por mais que a comunidade científica sustente haver neutralidade na utilização de dados pessoais, é indene de dúvidas que as informações pessoais podem não apenas ser utilizadas para o bem da humanidade, como em tratamentos de saúde já mencionados, mas também para a sua destruição.

⁸⁹ Artigo 5º, Lei 13.709/2018. Para os fins desta Lei, consideram-se: II – dados sensíveis: dados pessoais sobre a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, as opiniões políticas, a filiação a sindicatos ou a organizações de caráter religioso, filosófico ou político, dados referentes à saúde ou à vida sexual, dados genéticos ou biométricos, quando vinculados a uma pessoa natural; (BRASIL, 2018).

⁹⁰ Artigo 4º, Lei 13.709/2018. Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais: III – realizado para fins exclusivos de segurança pública, de defesa nacional, de segurança do Estado ou de atividades de investigação e repressão de infrações penais; (BRASIL, 2018).

Assim, observa-se que as informações genéticas são de extrema importância, especialmente ao se considerar que vivemos hoje na era da informação. Desse modo, os dados genéticos de uma pessoa constituem-se um precioso poder nas mãos de terceiros (ECHTERHOFF, 2010, p. 82).

Essa é a razão porque no Projeto Genoma Humano sempre houve discussões éticas quanto ao uso das informações obtidas. Dessa forma, o próprio Projeto previu que 10% (dez por cento) de seu orçamento seria direcionado a questões sobre privacidade dos dados genéticos, segurança e eficácia da medicina, bem como justiça no uso das informações obtidas (FONSECA, 2004, p.2).

A doutrina defende que seja conferida uma proteção especial aos dados genéticos, não apenas por serem sensíveis, mas, especialmente, pelo risco que se conhecimento possa provocar discriminações. Os exemplos são inúmeros e vão desde vedações ao acesso ao trabalho ou ao crédito, na realização de contratos de seguro de vida ou de doenças, ou por meio de modalidades de fichamentos genéticos de massa (RODOTÀ, 2008, p. 250).

É por esse motivo que diversos documentos internacionais enfatizam a vedação a quaisquer medidas discriminatórias com base em informações genéticas do indivíduo. Nesse sentido, mencionam-se os artigos 21⁹¹ da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, 11⁹² da Convenção Européia de Biomedicina e 6º⁹³ da Declaração Universal sobre Genoma Humano.

Vislumbram-se riscos no uso de dados genéticos especialmente na seara trabalhista em que o empregador poderia realizar análises genéticas com uma dupla finalidade. Em uma seleção negativa, objetivando a não contratação de candidatos em que fosse diagnosticada qualquer anomalia genética ou uma simples predisposição a ter alguma enfermidade. Já como uma seleção positiva, escolher trabalhadores mais aptos para um ambiente de trabalho de acordo com as suas próprias características genéticas, como uma maior resistência ao sono, a determinados agentes tóxicos. Observa-se,

⁹¹ Artigo 21, Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia. 1. É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual. (CONSELHO DA EUROPA, 2000).

⁹² Artigo 11, Convenção Européia sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina. É proibida toda a forma de discriminação contra uma pessoa em virtude do seu patrimônio genético. (CONSELHO DA EUROPA, 2001).

⁹³ Artigo 6º, Declaração Universal sobre o Genoma Humano. Nenhum indivíduo deve ser submetido a discriminação com base em características genéticas, que vise violar ou que tenha como efeito a violação de direitos humanos, de liberdades fundamentais e da dignidade humana. (UNESCO, 1997).

assim, que seria uma seleção que atende ao exclusivo interesse do empregador, em detrimento dos candidatos aos postos de trabalho (CASABONA, 1999, p. 74).

Um outro aspecto que demonstra os riscos na utilização de informações genéticas é sua apropriação por parte das empresas de seguros. Ora, a análise genética de futuros clientes de tais empresas pode ser de capital importância para o seguro de pessoas, dentre os quais se destacam o de vida, enfermidade e acidentes. Dessa forma, podem ser estabelecidas, de acordo com resultados da análise dos genes, condições mais ou menos rigorosas na determinação dos prêmios aplicados a clientes ou, até mesmo, a recusa na celebração do contrato (CASABONA, 1999, p 90).

Destarte, é devido a esses riscos em sua utilização que os dados genéticos devem ser resguardados e protegidos pelo direito à privacidade. Há o risco de se configurar não apenas discriminação, mas também o estabelecimento de categorias sociais, com base em genes, ou seja, indivíduos estigmatizados e marginalizados, excluídos de uma igual oportunidade de emprego em relação a outros candidatos. Muito embora os dados genéticos sejam parte da personalidade do homem, este não pode ser reduzido às suas características biológicas.

3.5 OS BANCOS DE DADOS E OS BIOBANCOS

Um dos maiores problemas da privacidade na sociedade contemporânea é a criação de banco de dados. As informações pessoais são coletadas em diversas fontes e, quando reunidas em um único sistema, passam a fornecer um completo perfil da pessoa, que se vê completamente vulnerável perante bancos, agentes financeiros ou governamentais.

A grande questão dos bancos de dados é que várias informações aparentemente pouco importantes da pessoa são coletadas como, por exemplo, seu perfil de compras, valores despendidos no supermercado, dentre tantos outros. Assim, esses dados que pouco dizem a respeito do indivíduo são armazenados e sistematizados, passando a fornecer um perfil minucioso do cidadão.

É em função disso que a proteção dos dados pessoais passou a ser encarada por meio de uma ótica mais abrangente, pela qual outros interesses devem ser considerados, compreendendo as diversas formas de controle tornadas possíveis com a manipulação de dados pessoais (DONEDA, 2006, p. 204).

A problemática relacionada aos bancos de dados e o direito à privacidade do cidadão já era enfrentada por nossos Tribunais já em 1995, quando a sociedade em rede ainda estava em formação. Nesse sentido, trago trecho de voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar que muito bem demonstra a preocupação com a manipulação de dados pessoais:

A inserção de dados pessoais do cidadão em bancos de informações tem se constituído em uma das preocupações do Estado moderno, onde o uso da informática e a possibilidade de controle unificado das diversas atividades da pessoa, nas múltiplas situações de vida, permitem o conhecimento de sua conduta pública e privada, até nos mínimos detalhes, podendo chegar à devassa de atos pessoais, invadindo área que deveria ficar restrita à sua intimidade (...). E assim como o conjunto dessas informações pode ser usado para fins lícitos, públicos e privados, na prevenção ou repressão de delitos, ou habilitando o particular a celebrar contratos com pleno conhecimento de causa, também pode servir, ao Estado ou ao particular, para alcançar fins contrários à moral ou ao Direito, como instrumento de perseguição política ou opressão econômica. (BRASIL, STJ, 1995).

Nesse sentido, a doutrina defende que o enorme aumento de quantidade de informações pessoais coletadas por instituições públicas e privadas, as quais alimentam os diversos bancos de dados, visa a dois objetivos específicos. Por primeiro, a aquisição dos elementos necessários à preparação e gestão de programas de intervenção social, bem como o controle da conformidade dos cidadãos à gestão política dominante. Intenta-se, ainda, no aspecto privado, a obtenção de informações necessárias para o desenvolvimento de estratégias empresariais (RODOTÀ, 2008, p. 28).

Como consequência dessa ampliação do alcance informacional dos bancos de dados, doutrinadores verificaram o surgimento de um verdadeiro corpo eletrônico, formado pelas nossas informações pessoais, que se contrapõe à própria realidade da pessoa, ao nosso corpo real. Esse nosso perfil virtual pode ser denominado de várias formas como corpo digital, avatar ou pessoa virtual. É o que, com precisão, Pierre Lévy elucida:

O meu corpo pessoal é a manifestação temporária de um enorme “hiper corpo” híbrido, social e tecnobiológico. O corpo contemporâneo se assemelha a uma chama. Ele costuma ser minúsculo, isolado, separado, quase imóvel. Depois, ele chega a fugir de si mesmo, intensificado pelos esportes ou pelas drogas, passa através de um satélite, lança algum braço virtual em direção ao céu, ao longo das redes de interesses ou de comunicação. (LÉVY, 1996, p. 17-18).

Outra construção doutrinária que denota a quantidade de informações pessoais armazenadas em bancos de dados é o *data shadow*. Alan Westin cunhou esse termo – sombra de informações – para identificar os dados pessoais armazenados e que acompanham o indivíduo, como uma sombra, aonde quer que ele vá (DONEDA, 2006, p. 175).

No que tange a essa expressão, cabe ressaltar que ela foi um pouco condescendente com a realidade que presenciamos. Ora, não podemos afirmar que nossos dados sistematizados em bancos são uma sombra – uma vez que sempre visível – porque, na maior parte dos casos, o indivíduo não sabe, sequer, que suas informações pessoais foram colhidas e estão à disposição de órgãos de controle ou de entidades privadas.

Quanto ao tema de proteção de informações pessoais em sede de banco de dados, Catarina Sarmiento e Castro (2002, p. 478) defende, em função da importância para a economia dos chamados *ficheiros de crédito*⁹⁴, que seja encontrado um equilíbrio entre a garantia das liberdades e direitos individuais e a liberdade de utilização e circulação de informações necessárias às relações empresariais. Entretanto, ela (2002, p. 511) ressalva que, mesmo em sede de bancos de dados de consumidores, apenas o respeito aos princípios fundamentais de proteção das informações pessoais permitirá salvaguardar o núcleo essencial do direito fundamental à autodeterminação informativa⁹⁵.

Dessa forma, a proteção dos dados pessoais, especialmente no que tange à possibilidade de sua utilização em bancos de dados, atingiu outro patamar, modificando seus elementos, aprofundando postulados, de modo a proteger a privacidade do indivíduo. É por isso que o professor Rodotà defende um amplo controle de quaisquer tipos de dados pessoais por seu titular, como explicitado no item 2.4.6. Assim, na sociedade de informação ou de rede, o titular tem o direito de não apenas conhecer, mas também de controlar e interromper o fluxo de dados a ele relacionados (RODOTÀ, 2008, p. 92).

Diante desse quadro de apropriação de dados pessoais, surgem diversos riscos políticos ligados aos registros em massa da população em geral, na medida em que há a possibilidade de discriminação real de diferentes minorias, que vêem suas informações

⁹⁴ São os bancos de dados de consumidores e maus pagadores utilizados e criados por agentes financeiros em Portugal.

⁹⁵ Como já asseverado, para a doutrinadora portuguesa, o direito à autodeterminação informativa seria autônomo ao direito à privacidade.

pessoais completamente expostas, bem como daqueles que pertencem à classe trabalhadora, consoante afirmado anteriormente.

Compreendida toda a problemática envolvendo bancos de dados, passamos a analisar os bancos de dados genéticos. Os denominados de biobancos podem ser formados por “informações extraídas de qualquer material genético, ou seja, estas informações podem ser retiradas do DNA, do esperma, do sangue, de tecidos ou de qualquer outro material” (ECHTERHOFF, 2010, p. 88).

Se já causa preocupação a utilização de bancos de dados para relações de comércio, governo, dentre tantos outros, em razão da exposição do indivíduo devido à reunião em um único sistema de diversas informações pessoais não sensíveis, a existência de um arquivo em que constem dados genéticos traz ainda mais temor. Devido à natureza e importância das informações genéticas que, como visto, têm natureza de dados sensíveis, há a possibilidade de que tais dados sistematizados sejam utilizados para o mal.

Nesse sentido, Zigmunt Bauman explicita sua preocupação com o outro ângulo da adiaforização⁹⁶ por meio da forma como os dados do corpo, como biométricos e de DNA, são armazenados em bases de dados. Ele sustenta que informações personalíssimas, depois de serem processadas, analisadas, concatenadas com outros dados, são devolvidas como simples “replicação de dados”. Assim, tais informações apenas seriam pessoais no sentido de se originarem de seu próprio corpo e poderem afetar suas oportunidades e escolhas pessoais, mas perderiam essa conotação diante da replicação e fragmentação de dados (2013, p. 15).

Ora, como os genes contêm a informação genética das pessoas, por meio de acesso a um arquivo genético pode-se não apenas identificar os indivíduos, mas também apontar suas características biológicas, de saúde presente e futura. Isso sem contar na exposição dos familiares, devido à herança genética passada entre as gerações.

É evidente que há benefícios no conhecimento genético e o armazenamento de tais informações podem ajudar não apenas no aprimoramento das conquistas, mas também na cura de alguma doença. Mas é inequívoco, como asseverado no item 3.4, que existem riscos na reunião e manutenção de dados genéticos em sistemas informatizados. Tais riscos existem não apenas para o indivíduo, mas, sobretudo, para seus familiares, que são terceiros que podem ser atingidos. Nesse sentido, colaciono:

⁹⁶ Conceito já explicitado no capítulo 1.

(...) a procuradora Theresa Morelli, cujo pai teve um diagnóstico da doença de Huntington. Embora ela não apresentasse nenhum sintoma da doença e sequer tivesse realizado exames preditivos, seu nome foi automaticamente incluído na "lista negra" das companhias norte-americanas de seguro-saúde como possível portadora do problema. O diagnóstico do seu pai foi estampado na capa do seu prontuário, no banco de dados nacional das companhias seguradoras, sediado em Boston, alijando-a da possibilidade de acesso a qualquer tipo de seguro-saúde. Este incidente levou a Sra. Morelli a contactar entidades de Direitos Humanos, denunciando com vigor a utilização discriminatória dos testes genéticos pelos empregadores e companhias seguradoras. (COSTA; GARRAFA; OSELKA, 1999, p. 210).

Destarte, diante dos riscos apontados, é necessário delinear limites ao funcionamento e criação de bancos de dados genéticos. O Ministro Edson Fachin já asseverou que o mapeamento e a sequencição “dos elementos que compõem os genes traduz uma tentação que pode redundar, mediante o armazenamento sistemático, em procedimento apto a violar os direitos fundamentais dos cidadãos ou servir propósitos meramente discriminatórios” (FACHIN, 2001, p. 211).

Com efeito, a doutrina, ao estabelecer alguns limites éticos, sustenta que o tratamento que deve ser conferido aos dados genéticos seria semelhante ao sigilo médico, com a ressalva de haver uma proteção superior, devido à natureza extremamente pessoal de tais informações. Nesse sentido, não se revela possível o fornecimento de informações a terceiros, inclusive familiares, de modo que a quebra do sigilo para membros da família só pode se dar com anuência do depositante (CASABONA, 1999, p. 72).

Ademais, o fornecimento do material genético deve ocorrer de modo livre, garantindo-se o consentimento informado para qualquer análise genética. Para Romeo Casabona, “dever-se-á estabelecer a proibição de sua imposição, de forma obrigatória ou coercitiva, em benefício de quaisquer interesses públicos ou privados” (CASABONA, 1999, p. 71).

Essa necessidade de se respeitar a autonomia da vontade é imperiosa para se evitar a reificação do indivíduo e conseqüente apropriação de elementos do corpo do cidadão. Resguardar a dignidade da pessoa humana, mediante à atenção à sua própria vontade, é impedir a coisificação do homem, ou seja, sua redução à simples características genéticas em pesquisas científicas (FACHIN, 2001, p. 212).

Nesse sentido, uma das questões mais polêmicas da atualidade é a criação de bancos de dados genéticos a serviço da Administração da Justiça no âmbito penal. Eles funcionariam de forma semelhante aos atuais arquivos de impressões digitais e seriam utilizados para a investigação de crimes já ocorridos mas ainda não solucionados ou para futuras investigações de crimes a serem cometidos, de modo a se conferir eventual material genético deixado na cena do crime com dados constantes do banco.

Tais bancos de dados genéticos criminais já são uma realidade em diversos países como Estados Unidos e Reino Unido (CASABONA, 1999, p. 105) e vêm sendo criados em Administrações Judiciárias que não têm essa prática consolidada, como o Brasil. Eles podem ter em sua base de dados informações genéticas de grande parte da população, como se dá na utilização de impressões digitais, ou de apenas um grupo de indivíduos, como pessoas investigadas ou condenadas por algum tipo de delito.

Quanto à sua existência, Romeo Casabona (1999, p. 105) sustenta a impossibilidade de criação de bancos de dados genéticos com base exclusivamente na vontade do administrador, sendo necessária a edição de lei formal. Ademais, salienta que tanto sua criação para a população em geral, como para grupos determinados seria uma fonte de abusos, pela dificuldade de controle sobre o conteúdo desse tipo de informação (CASABONA, 1999, p. 106), de modo a tais informações pessoais serem utilizadas com fim diverso do criminal. Assim, mesmo em sede de bancos de dados criminais, a questão do controle das informações pessoais e de sua utilização para fins diversos ou por terceiros é argüida em sede doutrinária como impeditivo para a sua criação.

Outro ponto assente na doutrina é a possibilidade de vulneração de direitos fundamentais das pessoas eleitas para figurar nesses mencionados bancos de dados genéticos (CASABONA, 1999, p. 106). E isso pode decorrer de dois motivos: pela violação das garantias de liberdade pessoal e dignidade do indivíduo⁹⁷ ou em razão da ausência de justificativa plausível que enseje a inclusão de suas informações personalíssimas em um banco genético de dados (RODOTÀ, 2008, p. 285).

Desse modo, Stefano Rodotà (2008, p. 285) sustenta que, na criação de bancos de dados genéticos, devem ser respeitados os princípios da necessidade, finalidade e proporcionalidade no que tange àqueles indivíduos cujos dados integrarão o referido banco. Assim, em se aceitando a existência de tais cadastros, não serão todas as pessoas

⁹⁷ No que toca a eventual violação da liberdade individual ou da autonomia privada, a matéria será tratada no capítulo 4. Este tópico cuidará apenas dos bancos de dados genéticos e sua problemática.

condenadas, acusadas ou interrogadas que devem ter seus dados genéticos como integrantes dos mesmos. Do contrário, simples investigados ou indivíduos condenados por difamação ou corrupção poderiam ter seu DNA coletado para integrar um banco de dados genético, o que, para o referido doutrinador, não teria qualquer sentido.

3.6 A SUPOSTA PRIVACIDADE NA UTILIZAÇÃO DO PERFIL GENÉTICO

Parte da doutrina que defende a constitucionalidade da Lei 12.654/2012 o faz ao argumento de que o perfil genético, que é extraído do material genético de suspeitos e condenados, não estaria associado a questões físicas e de saúde, preservando-se a privacidade do indivíduo (SOUSA, 2018, p. 138).

Nesse sentido, cabe elucidar que o DNA humano divide-se em parte codificante, que é responsável pela síntese de proteínas e, por isso, conteria informações genéticas preciosas do indivíduo, e parte não-codificante que, por não realizar a síntese protéica não influenciaria nas características físicas e comportamentais.

Com efeito, os cientistas sustentam que o perfil genético é extraído dessa parte não-codificante e que ele seria obtido por meio da análise dos microsátélites ou STR, que são unidades de repetição dos nucleotídeos⁹⁸, não sendo, então, possível o acesso a dados personalíssimos da pessoa.

Ocorre que não obstante a lei mencione que o perfil genético não deve apresentar dados fenótipos ou comportamentais, restou demonstrado na audiência pública ocorrida no STF que nele constam informações personalíssimas como cor de cabelo, cor dos olhos, dentre outros dados (BRASIL, STF, 2017).

Ademais, a própria doutrina assegura que, a partir da amostra de DNA, algumas informações fenotípicas da pessoa podem ser estimadas, como cor da pele, cor dos olhos, cor dos cabelos e a estimativa da altura do indivíduo, dentre outros fenótipos. Isso ocorre por meio da análise simultânea de vários SNPs (sigla do inglês para ‘polimorfismos’⁹⁹ de nucleotídeo único¹⁰⁰ (KAYSER; KNIJFF, 2011, p. 179-192).

⁹⁸ Nucleotídeos são compostos que auxiliam nos processos metabólicos, especialmente as biossínteses, em grande parte das células. Atuam também como sinais químicos, respondendo assim a hormônios e outros estímulos extracelulares.

⁹⁹ A definição de polimorfismo genético é qualquer alteração no DNA que possui uma frequência acima de 1% na população. Assim, polimorfismo do DNA pode ser entendido quando, numa dada população, existem pessoas que possuem genótipos diferentes desta região específica no DNA.

¹⁰⁰ Nucleotídeo único é a modificação de uma única base nucleotídica no DNA.

Isso sem mencionar o fato que o próprio Decreto 7.950/2013, que regula a Lei 12.654/2012, previu a utilização do perfil genético para fins de identificação de crianças desaparecidas. Dessa forma, se o perfil genético será utilizado com essa finalidade, ele traz muito mais informação do que simplesmente indicação genética de gênero, como mencionado no parágrafo primeiro do artigo segundo da lei em questão.

Ressalte-se, outrossim, que a lei silencia quanto ao destino do material genético codificante do DNA. Em nenhum momento há a previsão de descarte do material genético codificante, que pode ser utilizado para alimentar o banco de dados, que incluiria, além dos perfis genéticos, o DNA codificante, bem como para fins escusos, já mencionados quando dos riscos na utilização de dados genéticos.

Explicitados os riscos da utilização do material genético não apenas para a pessoa do investigado/condenado mas também para toda sua família, no próximo capítulo analisaremos a constitucionalidade das medidas implantadas pela Lei 12.654/2012.

4 A IMPOSSIBILIDADE DE SUBMISSÃO OBRIGATÓRIA À COLETA DE DADOS GENÉTICOS DE CONDENADOS

Para podermos analisar a constitucionalidade da submissão obrigatória à identificação de perfil genético de pessoas condenadas em crimes hediondos ou pessoas meramente investigadas em quaisquer delitos, dividimos o enfrentamento da questão em três partes.

Na primeira, verificaremos que o direito à privacidade de dados genéticos, como direito da personalidade, é dotado de uma disponibilidade relativa. Há uma liberdade jurídica de exercer certos direitos da personalidade de forma ativa ou positiva, de modo que a autonomia privada não existe apenas nos negócios jurídicos patrimoniais, mas em qualquer outra situação em que seja possível manifestar-se a autonomia da pessoa.

Em um segundo momento, analisaremos a constitucionalidade da inovação legislativa por meio do prisma da igualdade material e da vulnerabilidade do indivíduo submetido a ceder seu material genético contra a sua vontade.

Por fim, será o princípio da dignidade da pessoa humana será utilizado como parâmetro para, ao final, ser obtida uma conclusão sobre a inconstitucionalidade e, em que medidas previstas na legislação, ela estaria caracterizada.

4.1 DIREITO DA PERSONALIDADE POSITIVO: AUTONOMIA PRIVADA

O papel desempenhado pela vontade é de fundamental importância não apenas para o Direito Civil mas para todo o Direito. A questão volitiva é de fundamental importância também para o Direito Penal, por exemplo, na tipificação de um crime como doloso. Bruno Torquato lembra que a vontade autônoma é de essencial importância no Direito público, por “permitir o convívio entre seres humanos livres e distintos em sua individualidade” (NAVES, 2014, p. VII).

No entanto, muito embora se reconheça a importância da vontade para o Direito, esta não pode ser analisada fora do contexto social. Do contrário, estar-se-ia aplicando um verdadeiro dogma acerca da vontade. Nessa perspectiva eminentemente individualista, a pessoa se obrigaria tão-somente através da declaração de vontade, deixando-se em outro plano a análise de outras circunstâncias nas quais o negócio jurídico deveria ser examinado. Assim, uma vez manifestada a vontade, haveria suficiência, por si só, para gerar consequências jurídicas.

A essa concepção extremamente liberal e individualista, que conferia força à vontade, independentemente da análise do contexto em que proferida, a doutrina denominou de autonomia da vontade¹⁰¹. Cabe, ainda, destacar que ela difere, profundamente, do conceito de liberdade jurídica, não significando a faculdade de atuar lícitamente para o Direito (BORGES, 2007, p. 47).

Com o passar do tempo e uma crescente valorização da pessoa humana, o conceito de autonomia da vontade evoluiu para uma concepção de autonomia privada, mais vinculada aos valores constitucionais. No entanto, cabe ressaltar que, embora a teoria da autonomia da vontade tenha sido superada pela autonomia privada, muitos autores ainda seguem utilizando a anterior terminologia (BORGES, 2007, p. 51).

Antes de voltarmos nossa atenção à autonomia privada e seu significado, cabe destacar que alguns autores sustentam haver uma divisão entre autonomia privada e autonomia pública, ambas sendo espécie do gênero autonomia da vontade (NAVES, 2014, p. 93). Entretanto, Pietro Perlingieri afirma que esse quadro deve ser repensado uma vez que se encontra superada, para fins da individualização da real consistência do fenômeno da autonomia, a distinção entre as naturezas públicas ou privadas. Com efeito, o poder de disposição atribuído ou reconhecido pelo ordenamento jurídico

¹⁰¹ Curioso notar que a expressão autonomia da vontade foi criada por Emmanuel Gounot como crítica às idéias liberais e individualistas, quando elaborou a tese *Le prince de l'autonomie de la volonté en droit privé: contribution à l'étude critique de l'individualisme*. (NAVES, 2014, p. 95).

caberia, na realidade, a todos os sujeitos jurídicos, quer sejam privados, quer públicos (2008, p. 336).

Superada a concepção que concedia força absoluta à vontade em detrimento do ordenamento jurídico, coube ao Direito analisar a manifestação concreta da vontade, segundo critérios objetivos de boa-fé, e não suas causas e características intrínsecas. Passou-se a aferir a vontade dentro do contexto em que manifestada, mas não a ponto de se perquirir quanto ao conteúdo da consciência interna de cada indivíduo (NAVES, 2014, p. 94).

Assim, a teoria da autonomia privada superou o dogma absoluto da vontade, ao sustentar que o puro consenso não seria capaz de criar o direito. Apenas o consentimento que for compatível com o ordenamento, de modo que este confira legitimidade ao acordo de vontade, pode ser aceito.

Haveria dois âmbitos distintos de competência jurídica: o âmbito particular, individual, da autonomia privada, e o âmbito público, soberano, de competência normativa estatal. A manifestação de vontade, dessa forma, isoladamente, não teria valor jurídico, como fazia crer o voluntarismo¹⁰². Só o terá se estiver de acordo com a Constituição, as leis, a ordem pública, à moral e os bons costumes (BORGES, 2007, p. 54)

Neste particular, a idéia de inseparabilidade entre pessoa e sua vontade foi essencial para a consolidação do consensualismo¹⁰³, em oposição à teoria do voluntarismo. Segundo Irineu Strenger, a vontade passou a ser encarada como centro da vida da pessoa, como a própria expressão psíquica do indivíduo (2000, p. 23). A vontade, em um ato ou negócio jurídico, reflete “a tomada de consciência de si mesmo, que possibilita ao homem encontrar-se existencialmente numa situação” (STRENGER, 2000, p. 24).

A autonomia privada passa a ser encarada como atividade dos indivíduos como expressão da própria liberdade, autodeterminação, auto-regulamentação e poder da vontade, de acordo com o ordenamento. Cada um passa a ser o melhor juiz dos seus próprios interesses (PERLINGIERI, 2008, p. 339-340).

¹⁰² Para o voluntarismo, é a declaração de vontade que gera atos e negócios jurídicos, tendo parte da doutrina chegado a considerar a vontade como fonte de direitos. (BORGES, 2007, p. 52).

¹⁰³ Para o consensualismo, o poder de gerar regras jurídicas não está na simples vontade da pessoa, mas na declaração de vontade que estiver autorizada pelo ordenamento jurídico, quanto à forma, quanto ao conteúdo, e quanto à capacidade e legitimidade do sujeito. (BORGES, 2007, p. 54).

Nesse sentido, pode-se mencionar uma função dispositiva da autonomia privada, a qual se manifesta no campo das opções concedidas ao indivíduo, que pode realizar o ato jurídico da forma como achar conveniente, dentro do previsto pelo ordenamento jurídico. É por essa razão que Luigi Ferri, ao elaborar um tradicional estudo sobre autonomia privada, considera esta sinônimo de poder de disposição, de modo que ambas teriam o mesmo conteúdo (FERRI, 1959, p. 224).

Destarte, a autonomia privada é um dos fundamentos do Direito Privado, sendo os negócios jurídicos os instrumentos tradicionalmente apontados como meios, por excelência, para a realização ou materialização da mesma. No entanto, diante da nova concepção do direito civil constitucional já mencionada no capítulo 2, a autonomia privada não pode se restringir a negócios jurídicos patrimoniais.

Nesse sentido, Pietro Perlingieri assegura que a autonomia privada “se exprime também em matérias onde diretamente são envolvidas situações subjetivas existenciais (...) em que a abordagem do ordenamento não pode ser abstrata quando a autonomia investe profundamente o valor da pessoa” (2008, p. 348). Assim, atos de autonomia privada acontecem em diversas áreas e não apenas em âmbito econômico. Neste particular, cabe salientar que “o negócio jurídico é categoria mais ampla que o contrato e envolve manifestação de autonomia privada, seja ela de cunho patrimonial ou não” (BORGES, 2007, p. 50).

Com efeito, quando a negociação ocorre em sede de interesses não patrimoniais, normalmente se está diante de direitos da personalidade. Vemos expressões desse caráter dispositivo em diversas áreas, como cessão de uso de imagem, de voz, cessão de direitos da personalidade como em *reality shows*, dentre tantas outras.

Em tais situações, quando o poder de disposição atinge fortemente o valor da pessoa, Pietro Perlingieri destaca que a consideração do ordenamento não pode ser abstrata (2008, p. 349). Do contrário, estar-se-ia formalisticamente igualando manifestações de liberdade que tocam profundamente a identidade do indivíduo e liberdade de perseguir o maior lucro possível (quanto aos negócios jurídicos estritamente patrimoniais).

Dessa forma, o consentimento referente a direitos de personalidade é nitidamente diferente daquele realizado em situações puramente patrimoniais e, como tal, deve ser aferido com uma diferenciada valoração quanto à hierarquia dos valores constitucionais. Assim, a prevalência do valor conferido à pessoa humana pelo nosso ordenamento jurídico constitucional condiciona a interpretação de cada ato ou atividade

para que seja realizada à luz da dignidade da pessoa humana. É por isso que Perlingieri afirma, ao comentar sobre os fundamentos dos atos de autonomia com base no artigo 2º da Constituição Italiana, que trata do valor conferido à pessoa humana:

O fundamento dos atos de autonomia, portanto, não deve ser atribuído unicamente à liberdade de iniciativa econômica garantida pelo art. 41 Const., mas deve ser relacionado diretamente ao art. 2º quando a negociação concernir a situações jurídicas não patrimoniais. (PERLINGIERI, 2008, p. 349).

Destarte, os negócios jurídicos não patrimoniais encontram seu limite no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Nesses casos, não basta uma mera aquiescência, mas deve haver um devido consentimento informado. Isso porque os interesses em torno de tais negócios jurídicos devem estar dentro daqueles considerados legítimos pela sociedade e pela ordem constitucional vigente. A dignidade passa a ser limite dos negócios jurídicos não patrimoniais ao mesmo tempo em que se manifesta por meio da autonomia privada, sendo esta uma concretização daquela. Quanto a essa relação, Diego Luna Moureira é preciso:

A dignidade da pessoa humana se faz, portanto, pela exteriorização de uma realidade histórico-cultural que decorre do reconhecimento e da possibilidade normativa de assunção de uma personalidade, pelo exercício da autonomia privada. (MOUREIRA, 2001, p. 137).

No que tange ao consentimento, ele deve ser considerado livre quando for dado sem qualquer pressão e possa ser retirado sem restrições ou oposição. Não é livre o consentimento sem o qual o indivíduo sofra qualquer consequência (CASTRO, 2005, p. 207). Ademais, Catarina Sarmiento e Castro sustenta, no que tange aos dados pessoais, que, para consentir, o titular do direito deve ser informado da finalidade e da extensão exata do seu consentimento, como possíveis destinatários dos dados informados e do responsável pelo tratamento dos dados, dentre outros fatores (2005, p. 207).

Como poder de disposição, a autonomia privada não é ilimitada. A doutrina tem preferência pela utilização da expressão conformação, ao invés de limites à mesma, uma vez que expressaria “melhor a delimitação interna de conteúdo, que se faz relacionamente, de acordo com o horizonte histórico, inclusive de conformidade com o ordenamento jurídico como um todo” (NAVES, 2014, p. 97).

Ela estaria, portanto, em uma zona cinzenta, cujo objetivo seria equilibrar, de um lado, o interesse do indivíduo e, de outro, o dos demais indivíduos, consubstanciado no interesse público, coletivo (BORGES, 2007, p. 56). Com efeito, ao mesmo tempo em que a autonomia privada não significa prevalência total do interesse particular sobre a vontade dos demais, não se pode conceber um ordenamento em que o interesse público tutele a tal ponto o consensualismo de modo a aniquilar a vontade individual.

Assim, buscou-se estabelecer o equilíbrio possível entre a soberania estatal e a subjetividade individual, consubstanciada na autonomia privada, tendo como porto de partida e limite a dignidade da pessoa humana, constitucionalmente assegurada (GEDIEL, 2002, p. 328).

Neste particular, cabe recordar os ensinamentos de Hannah Arendt que, em seu livro *Origens do Totalitarismo*, sustenta que a privação fundamental dos direitos humanos manifesta-se, por primeiro e acima de tudo, na retirada do lugar do indivíduo no mundo de modo a torná-lo um sujeito sem opinião significativa e ação eficaz. Assim, a situação extrema não seria a restrição aos direitos de liberdade ou de pensamento mas, sim, no direito de opinar e de ação quanto a essa opinião (1997, p. 330). Desse modo, a perda da capacidade de consentir e de autonomia individual é uma situação extrema em que os condenados e investigados são privados de seus direitos enquanto seres humanos.

Explicitada a diferenciação e conflito entre interesses público e privado no capítulo 1, Roxana Brasileiro Borges recorda que, historicamente, é no direito privado que o indivíduo se sente protegido da interferência do Estado, em uma esfera intangível de liberdade que é necessária para sua realização enquanto ser dotado de dignidade (2007, p. 96). É a consolidação do princípio da exclusividade que:

Assemelha-se mais à proteção da esfera de dignidade da pessoa contra a intromissão do Estado (...) para permitir-lhe exercer sua autonomia (...). Ora, se o indivíduo e, da mesma forma, a sociedade foram absorvidos pelo Estado, mesmo que por meio do direito, estes desaparecerão, e estaremos sob as trevas do totalitarismo - seja jurídico, cultural ou moral. (BORGES, 2007, p. 97).

Dessa forma, há a necessidade de consentimento da pessoa condenada em crimes hediondos para o fornecimento de seu material genético. Ainda que haja interesses aparentemente públicos envolvidos na Lei 12.654/2012, nosso sistema constitucional não permite que se negligencie o sistema de direitos fundamentais

(NAVES, 2014, p. 48). Reconhece-se o ser humano como ser dotado de subjetividade concreta e, dessa forma, proteger-lhe a vontade e autonomia individual. É por essa razão que Bruno Torquato sustenta ser a aplicação da autonomia privada um instrumento de realização da personalidade (2014, p. VII). Nesse sentido, a doutrina é enfática:

(...) há que se traçar sempre limites a partir dos quais seja defeso ao Estado exercer diretamente seu poder de império. É a necessidade, fundada na própria dignidade da pessoa humana e na tutela do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, do reconhecimento e proteção, pelo ordenamento jurídico, de um espaço irreduzível de autonomia privada. (LUDWIG, 2002, p. 106).

E essa tutela ao livre desenvolvimento da personalidade, fundada no artigo 1º, III, da Constituição Federal tanto pode ocorrer de forma negativa, como de forma positiva. Assim, reconhece-se o exercício positivo dos direitos da personalidade fundado na autonomia privada (LUDWIG, 2002, p. 265).

A autonomia privada desponta, portanto, como o principal instrumento conferido ao indivíduo para o exercício positivo dos direitos de personalidade (BORGES, 2007, p. 106). Isso sem menoscabar a tutela negativa também desempenhada por ela, uma vez que, para ambas as tutelas, o exercício da liberdade individual é essencial.

Dessa forma, ao invés de se caracterizar uma renúncia de direito, o indivíduo pode, voluntariamente, ceder seu material genético para bancos de dados criminais ou para uma investigação específica, sem haver qualquer violação à liberdade individual a ele inerente. Cabe recordar que a autonomia privada, como princípio jurídico, é norma jurídica que atribui aos indivíduos um poder. Impregnada de imperatividade, ela concede essa possibilidade de disposição, como solucionadora direta de problemas jurídicos (NAVES, 2014, p. 96).

Nesse sentido, a submissão obrigatória à identificação de perfil genético de pessoas investigadas ou condenadas configura uma violação à autonomia privada de tais indivíduos, uma vez que tolhe a liberdade individual de cada um no tocante à vontade pessoal de preservação ou não de seus dados genéticos.

Cabe ressaltar que essa mesma autonomia privada acarreta a possibilidade de exercício positivo dos direitos da personalidade, sendo possível ao sujeito investigado ou condenado colaborar com as investigações e fornecer, voluntariamente, seu material genético para que conste não apenas da investigação, como dos bancos de dados

genéticos criminais. Apenas um consentimento informado, em que sua manifestação pode realmente ser considerada livre, é necessário para tanto (RODOTÀ, 2008, p. 138), já que o ordenamento lhe confere um poder de disposição que abrange os direitos da personalidade, como tutela do próprio corpo, privacidade e imagem, por exemplo.

Dessa forma, o direito à privacidade de dados genéticos pode, sim, sofrer limitação. Mas essa restrição não pode ocorrer por força do imperativo Estatal que viola a autonomia individual, mas uma limitação voluntária por parte do titular do direito em questão. Como ressalta Roxana Borges, a irrenunciabilidade típica dos direitos de personalidade não afasta a possibilidade jurídica do consentimento do próprio indivíduo quanto à limitação voluntária ao exercício dos direitos da personalidade (BORGES, 2007, p. 124), como no caso se dá com o direito à privacidade de dados genéticos.

Assegurar esse direito a pessoas investigadas e condenadas é uma afirmação da subjetividade e da autonomia jurídica do indivíduo, que apenas pode ser mais bem observada quando colocada em contraste com a força Estatal e a tentativa de objetivação de tais pessoas, as quais o sistema considera à margem do ordenamento jurídico e dos direitos humanos.

4.2 DA IGUALDADE MATERIAL: DA VULNERABILIDADE DA PESSOA DO CONDENADO E DO INVESTIGADO

Explicitada a necessidade de consentimento do indivíduo não apenas para o fornecimento de seu material genético, como também para que esse material conste de bancos de dados, inclusive referentes à seara criminal, cabe repisar que a recente Lei Geral de Proteção de Dados, Lei 13.709/2018, acolheu esse entendimento e condicionou o uso de dados sensíveis e não sensíveis à anuência de seu titular.

Entretanto, a LGPD, em seu artigo 4º, ressaltou a necessidade do consentimento do interessado quando os dados forem tratados em leis com “fins exclusivos de segurança pública, de defesa nacional, de segurança do Estado ou de atividades de investigação e repressão de infrações penais”. Assim, como a Lei 12.654/2012 trata de leis criminais com finalidade de repressão criminal, restou afastada a necessidade de consentimento nas hipóteses nela tratadas, não havendo incidência da lei geral de proteção de dados para as pessoas condenadas e investigadas.

Cabe, então, questionar se essa diferenciação seria constitucional sob o prisma da igualdade material e da vulnerabilidade. Em que medida as pessoas investigadas e/ou

condenadas em crimes hediondos seriam diferenciadas a ponto de ser dispensado seu consentimento quanto ao fornecimento e uso de seus dados personalíssimos?

Há quem sustente que os condenados em crimes hediondos não teriam assegurados todos os direitos da personalidade, em especial o direito à autodeterminação informativa. Entretanto, faz-se mister responder ao seguinte questionamento: o Estado estará cumprindo realmente o seu papel de garantir os direitos básicos do cidadão ao relativizar o direito fundamental à privacidade em prol de uma segurança maior à coletividade?

Caso se responda positivamente a esse questionamento, estar-se-á condenando indivíduos sentenciados em crimes hediondos a serem verdadeiros *homo sacer* modernos, nas brilhantes palavras de Georgia Amitrano que, ao resgatar o conceito de Giorgio Agamben, assim explica a expressão:

o termo *sacer* indica o enigma de uma figura aquém ou além do religioso, uma figura obscura do Direito romano arcaico, que foi julgada por delito, e que, a partir disso, não é considerada pura e não pode ser oferecida em sacrifício; porém, se for assassinada, seu assassino não é considerado um homicida. (AMITRANO, 2013, p. 80).

Agamben retoma a expressão *saceresto – impune occidi*, que indica exclusão do sacrifício, e o termo *Sacrum*, que indica o que é destinado aos deuses. Disso decorre a dificuldade conceitual do significado do termo *homo sacer*, na medida em que, enquanto é vetado violar coisas sacras, é lícito matar homem sacro. Para o referido autor, a vida humana do *homo sacer* seria incluída no ordenamento unicamente sob a forma de exclusão, ou seja, de sua absoluta matabilidade (AGAMBEN, 2010, p 16). Com efeito, a pessoa seria simplesmente posta para fora da jurisdição humana, sem ultrapassar para a divina (AGAMBEN, 2010, p 83). O indivíduo estaria, nesse sentido, desprovido de direitos e de tutela estatal.

Para uma melhor compreensão dessa vida matável, Agamben, aproximando o conceito de *homo sacer* com os criminosos, pessoas excluídas da sociedade, propõe que:

Observemos agora a vida do *homo sacer*, ou aquelas, em muitos aspectos similares do bandido (...). Ele foi excluído da comunidade religiosa e de toda vida política: não pode participar dos ritos de sua gens, nem (se foi declarado *infamis et intestabilis*) cumprir qualquer ato jurídico válido. **Além disto, visto que qualquer um pode matá-lo**

sem cometer homicídio, a sua inteira existência é reduzida a uma vida nua despojada de todo direito, que ele pode somente salvar em uma perpétua fuga ou evadindo-se em um país estrangeiro. Contudo, justamente por ser exposto a todo instante a uma incondicionada ameaça de morte, ele encontra-se em perene relação com o poder que o baniu. (...) Neste sentido, como o sabem os exilados e os banidos, nenhuma vida é mais política do que a sua. (AGAMBEN, 2010, p.189, grifou-se).

Assim, condenados seriam indivíduos desprovidos de abrigo Estatal, de dignidade humana, entregues à própria sorte e desprovidos de Direitos Fundamentais. Nesse sentido, colaciono:

(...) mas recentemente, recriam-se na Europa figuras (...) que traduzem novas versões do velho *homo sacer* do Direito Romano (...) Todos eles ganham, na sua não-significância e no seu desvalor, um significado e um lugar. (...) são marcados como os seres de vida nua: insacrificáveis, mas matáveis. Nos espaços de uma geografia do reconhecimento do mesmo, existe um território próprio no qual se marcam os indivíduos em um processo contínuo de rejeição e eliminação do outro. (AMITRANO, 2013, p. 86).

Agamben irá utilizar os conceitos de campo¹⁰⁴ e biopoder¹⁰⁵ para construir sua tese de como a política funcionaria no mundo contemporâneo. E um dos pontos centrais desta teoria é o *homo sacer*. Este conceito, que representa, como visto, a vida indigna de ser vivida, o limiar além do qual a vida cessa de ser politicamente relevante para o Estado e então pode ser eliminada. Nesse sentido, o filósofo italiano se pergunta se "(...) existem vidas humanas que perderam a tal ponto a qualidade de bem jurídico, que a sua continuidade, tanto para o portador da vida como para a sociedade, perdeu permanentemente todo o valor" (AGAMBEN, 2010, p. 133), para ao final responder:

Toda a sociedade fixa este limite, toda a sociedade – mesmo as mais modernas – decide quais sejam seus "homo sacer". É possível, aliás, que este limite, do qual depende a politização e a *exception* da vida natural da ordem jurídico estatal não tenha feito mais do que alargar-se na história do Ocidente. (AGAMBEN, 2010, p. 135).

¹⁰⁴ O campo, para Agamben, é o espaço permanente de exceção. É o local em que a vida nua está inserida no espaço onde atua o estado de exceção soberano, não possuindo uma única localização definida, mas sendo um lugar onde tudo é possível. No caso de condenados, seria a prisão, em que eles seriam submetidos à submissão obrigatória de retirada de direitos fundamentais.

¹⁰⁵ Termo criado por Michel Foucault para tratar do que o filósofo chama de "administração dos corpos" e de "gestão calculista da vida" quanto à consolidação do poder na modernidade. O filósofo francês sustenta que houve a transformação da vida humana em objeto do poder soberano e, desse modo, há sua redução à condição de pura vida biológica, uma vida pronta para ser administrada pelos tomadores do poder. É esse o sentido da expressão "vida nua", adotada por Agamben.

Com efeito, ao se desprover um condenado de seu direito à privacidade, tornando obrigatória a sua submissão à identificação de perfil genético, com o intuito de proporcionar uma maior segurança pública à coletividade, o Estado realizou sua opção e acabou por torná-lo um verdadeiro *homo sacer*, um indivíduo de segunda categoria, esquecendo-se de que seu valor intrínseco, inerente a todo ser humano, não desaparece apenas em função da natureza grave do crime cometido, ou de seu encarceramento.

Cabe ressaltar que cabe ao Estado assegurar o respeito à dignidade de cada pessoa, e não escolher quais indivíduos merecem a proteção de seus direitos. Neste particular, Zygmunt Bauman é preciso ao afirmar que “no mundo da visão vigilante, o olhar pan-óptico objetiva o outro (...) nos cega para a humanidade do outro” (2013, p. 134).

Ademais, José Antônio Peres Gediél nos esclarece que essa disputa pelo controle das esferas física e psíquica do sujeito seria a face visível da sociedade de controle, em que o biopoder romperia as fronteiras e limites éticos e jurídicos há muito reconhecidos (2002, p. 340).

Nesse particular, para Hannah Arendt, a violação contra os direitos humanos sempre se utiliza da justificativa de que o direito equivaleria ao que seria bom ou útil para o todo, em contraste com o mero direito individual, de partes do todo social (1997, p. 332). Ocorre que os direitos humanos, em razão de sua própria natureza, não podem ser restringidos, a ponto de tornar o indivíduo um ser desprovido de vontade, em função de sua condenação e prisão:

O fator decisivo é que esses direitos, e a dignidade humana que eles outorgam, deveriam permanecer válidos e reais mesmo que somente existisse um único ser humano na face da terra; não dependem da pluralidade humana e devem permanecer válidos mesmo que um ser humano seja expulso da comunidade humana. (ARENDT, 1997, p. 331).

Para podermos responder sobre a constitucionalidade da norma em questão, cabe realizar uma ponderação com o princípio da dignidade da pessoa humana, valor fundamental do nosso ordenamento constitucional. Devem-se analisar os requisitos da necessidade¹⁰⁶, adequação¹⁰⁷ e proporcionalidade em sentido estrito¹⁰⁸, a fim de se aferir

¹⁰⁶ O requisito ou sub-princípio da necessidade exige que se apure se a medida, dentre as aptas à consecução do fim pretendido, é a que produz menor prejuízo aos cidadãos envolvidos ou à coletividade.

se essa restrição a diversos direitos fundamentais de pessoas investigadas e condenadas, como a vedação à autoincriminação, privacidade, intangibilidade corporal, dentre outros seria possível face a necessidade de segurança pública, um interesse público geral.

Essa análise sob a égide da proporcionalidade será realizada no próximo item mas, nesse momento, cabe tecer comentários sobre a doutrina de Luigi Ferrajoli no que tange à validade das normas quanto ao aspecto material.

O autor italiano sustenta que o paradigma do Estado Democrático de Direito, em seu modelo garantista, acarreta a sujeição da validade da norma a ambas as dimensões do fenômeno normativo: formal e material. Diferentemente daquilo preconizado por Kelsen, a validade de uma norma jurídica não dependeria apenas dos requisitos formais. Além da racionalidade formal, haveria uma racionalidade material, que equivaleria a vínculos de substância, condicionando a validade substancial das normas, ao mesmo tempo em que expressam os fins a que está orientado o Estado Constitucional de Direito (FERRAJOLI, 1999, p. 22).

Nesse sentido, normas substanciais, como o princípio da igualdade e os demais direitos fundamentais, passam a limitar e vincular o Legislativo, excluindo determinados conteúdos incompatíveis com os mesmos (FERRAJOLI, 1999, p. 20-21). Assim, uma norma, como a Lei 12.654/2012, poderia ser considerada simplesmente inválida uma vez que seria materialmente incompatível com a igualdade substancial, desde que abandonada a concepção positivista de validade da lei, que ignora a sujeição formal e material do direito posto às normas constitucionais. Com efeito, cabe analisar a norma em questão sob o prisma da igualdade.

Assim, deve ser escolhida a medida menos onerosa, que em menor dimensão restrinja e limite os direitos fundamentais dos indivíduos.

¹⁰⁷ A adequação determina que devam ser adotadas medidas apropriadas ao alcance da finalidade prevista no mandamento que pretende cumprir. A medida efetuada deve ser pertinente à consecução dos fins da lei.

¹⁰⁸ Pelo sub-princípio da ponderação ou da proporcionalidade em sentido estrito, pretende-se alcançar parâmetros para a resolução dos conflitos entre princípios constitucionais, nos casos em que o Poder Judiciário é chamado a decidir pela prevalência de um princípio em detrimento de outro ou outros, reconhecidamente válidos pelo ordenamento constitucional. Os princípios passam a ser concebidos como mandados de otimização e, por meio da aplicação do referido princípio, objetiva-se alcançar um equilíbrio quando da eclosão de um conflito de interesses, em que princípios estejam se contrapondo, de maneira que não se aniquile, por completo, um direito, face o outro. Quando um deles prevalecer, deverá sê-lo no limite do estritamente necessário, para que não se caia nas teias de algum absurdo ou de uma arbitrariedade.

Importante salientar que a mudança no direito privado mencionada no processo de Constitucionalização do Direito também alterou a maneira de encarar o sujeito de direitos. Este não desaparece, ele é ressignificado. E, uma vez identificados grupos de não iguais, de vulneráveis, acabam por modificar as instituições em que estão ao receberem direitos fundamentais (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 128). Assim, tendo por norte essa repersonalização do direito privado, a pessoa do condenado, um vulnerável que se encontra à mercê do Estado, deve ser protegida e ter seus direitos de personalidade respeitados pela legislação.

No direito moderno, há a valorização da diferença e do diferente, privilegiando-se uma igualdade substancial. Assim, valoriza-se o direito a ser diferente, manter-se diferente e ser igual mesmo na diferença. É o que ocorre com o direito da criança e adolescente e idoso, dentre tantos outros, em que se mantém o sujeito igual em direitos e qualificações, mesmo na diferença (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 129).

Essa igualdade mesmo na diferença pode ser aplicada na diferenciação de direitos de pessoas condenadas e investigadas, uma vez que, mesmo vulneráveis, mantêm seus direitos resguardados. Passa-se à “igualdade de armas”, procurando o direito “superar a desigualdade entre sujeitos de direito, mas reconhecer suas diferenças” (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 195), assegurando eficácia a direitos conferidos no próprio texto constitucional.

No que tange à igualdade entre indivíduos, não se vislumbra razão plausível para diferenciar os direitos da personalidade de pessoas condenadas em crimes hediondos, que, em função desse fato, não teriam assegurado o direito à privacidade. Boaventura de Sousa Santos acrescenta:

(...) temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades. (SANTOS, 2003, p. 56).

Em relação a essa diferenciação entre sujeitos de direito, Ferrajoli afirma que, desde o direito romano, o reconhecimento de direitos foi limitado a uma classe bastante restrita de sujeitos. Havia diversos parâmetros para a inclusão ou exclusão de indivíduos dentre os titulares de direitos reconhecidos. Pode-se, então, afirmar que as desigualdades se expressaram ou por meio da negação do reconhecimento da

personalidade a alguns grupos, como mulheres e escravos, ou por meio do não reconhecimento de capacidade jurídica de outros grupos, como no direito a voto restrito a algumas classes sociais (1999, p. 41).

O que se observava anteriormente era uma igualdade formal, em abstrato, encontrada apenas em livros. Já hoje, no novo direito privado, exige-se uma igualdade material ou substancial, que ocorra na prática. Para tanto, a igualdade como ideal do Justo necessita dos direitos humanos ou fundamentais, tendo como vetor a dignidade da pessoa humana (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 129).

Isto posto, compreende-se que a pessoa não deve ser apenas livre (fator liberdade), deve ser também igual, formal e materialmente (fator igualdade). A igualdade só terá efetividade “uma vez que se reconheçam situações estruturais de desigualdade e se protejam os vulneráveis (...) este é o sentido dos direitos fundamentais”. (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 131).

Dessa forma, a existência de bancos genéticos de dados contra a vontade do indivíduo, com fundamento genérico apenas na questão da segurança pública, acaba por discriminar, sem qualquer base constitucional, justamente o lado vulnerável: os investigados e condenados, os quais se encontram submetidos ao crivo Estatal, podendo alguns destes já estarem sob custódia do próprio agente violador de seus direitos.

Nesse sentido, a igualdade no gozo dos direitos fundamentais decorre do direito, idêntico a todos, à afirmação e proteção da própria identidade (FERRAJOLI, 1999, p. 76). As diferenças existentes entre os seres humanos fazem de cada indivíduo um ser único, dotado de valor, ao mesmo tempo em que se assegura o usufruto de direitos, como se faz, igualmente, aos demais indivíduos. Assim, o direito à privacidade de dados genéticos de pessoas condenadas ou investigadas deve ser reconhecido como um instrumento fundamental contra a discriminação, a favor da igualdade e da liberdade (RODOTÁ, 2008, p. 7).

Com efeito, tendo por norte essa idéia de Ferrajoli quanto à redescoberta do significado de Constituição, como limite e vínculo aos poderes públicos (1999, p. 67), em que os seus princípios são utilizados como vínculos substanciais para se aferir a validade de uma norma jurídica, diante dessa flagrante violação à igualdade entre indivíduos, essa diferenciação imposta pela Lei 12.654/2012 não pode subsistir. Outra não pode ser a conclusão a que se deve chegar pois, quando há o reconhecimento de um

direito fundamental, todos os indivíduos passam a ser, igualmente, titulares do mesmo (1999, p. 81), não tendo essa segregação fundamento constitucional. Nesse sentido, o autor italiano afirma:

Hacer verdadera la democracia, tomar em serio los derechos fundamentales del hombre tal como vienen solemnemente proclamados em nuestras constituciones y em lãs declaraciones internacionales quiere decir hoy poner fin a esse gran *apartheid* que excluye de su disfrute a lãs cuatro quintas partes del género humano¹⁰⁹. (FERRAJOLI, 1999, p. 31).

É bem verdade que a garantia dos direitos fundamentais de pessoas condenadas ou investigadas não ocorrerá quando ausente uma cultura do respeito. (RODOTÀ, 2008, p. 139), em que passemos a enxergar o outro como um outro eu (VIAL, 2006, p. 123), deixando de discriminar tais indivíduos, a ponto de reconhecer o caráter de humanidade inerente a eles. Assim, o respeito à privacidade é um elemento fundamental para a construção da sociedade da igualdade (RODOTÀ, 2008, p. 233)

4.3 DIGNIDADE DA PESSOA COMO PARÂMETRO

Diversos tribunais ao redor do mundo decidiram, ao longo de sua existência, questões altamente complexas e que acarretaram inúmeras conseqüências quanto ao alcance e a forma de aplicação dos direitos fundamentais. Assuntos como liberdade de expressão em oposição a racismo, união civil de homossexuais, aborto em caso de anencefalia, suicídio assistido, dentre tantos outros, encontram-se na pauta de diversos tribunais constitucionais. E o traço comum e marcante de todas essas decisões é que, direta ou tangencialmente, a decisão invoca como fundamento a dignidade da pessoa humana.

Decorre desse fato a importância de uma correta compreensão do que seria esse valor/ princípio constitucional que, em nossa Constituição Federal de 1988, foi erigido a próprio fundamento do ordenamento jurídico. Assim, o Supremo Tribunal Federal deverá, ao analisar a constitucionalidade da Lei 12.654/2012, aferir toda a problemática envolvendo a proteção de direitos fundamentais, tais como privacidade,

¹⁰⁹ Tornar a democracia verdadeira, levar a sério os direitos fundamentais do homem como eles são solenemente proclamados em nossas constituições e em declarações internacionais, significa hoje pôr fim a este grande apartheid que exclui quatro quintos da raça humana de seu gozo. (FERRAJOLI, 1999, P. 31, tradução nossa).

autoincriminação e vedação da transcendência da pena, sob o ângulo da dignidade da pessoa humana de pessoas condenadas e investigadas.

Com efeito, impõe-se essa análise crítica da mencionada legislação sob esse enfoque. Para tanto, é necessário, por primeiro, aprofundar questões como em que consistiria a dignidade da pessoa humana, como valor e princípio constitucionais, seu fundamento e como se daria eventual restrição – caso ela seja admitida - à sua carga valorativa em cotejo com o interesse de uma maior segurança para a comunidade. Não se adentrará em fatos históricos pois já se tratou da questão no capítulo 2, quando foi abordado o humanismo.

Nesse sentido, destaca-se a dificuldade de conceituar o que seria a dignidade da pessoa humana. Muito embora não parem dúvidas de que ela é algo real, já que é extremamente fácil elencar inúmeras situações nas quais a dignidade é violada (SARLET, 2011, p. 50-51), é difícil apontar um conceito claro e preciso que aponte todos os seus contornos devido a seu caráter extremamente abstrato e geral, uma vez que comum à humanidade.

No que tange à difícil tarefa de conceituação do que seja a dignidade da pessoa humana, Maria Celina Moraes ressalta que não cabe ao ordenamento jurídico conceituá-la, ou mesmo à Constituição Federal fazê-lo. Para a referida autora, ao Direito cabe enunciar o princípio, cristalizado na consciência coletiva, dispondo sobre sua tutela, através de direitos e garantias que assegurem a concretização da referida cláusula geral¹¹⁰ (MORAES, 2003, p. 116).

Assim, ao retomar os postulados axiológicos de Kant, a referida autora defende que o substrato material da dignidade da pessoa humana se desdobra em quatro postulados, quais sejam: igualdade, integridade psicofísica, liberdade e solidariedade (MORAES, 2003, p.119).

No que tange à igualdade, como vimos, deve-se promover uma igualdade substancial entre indivíduos, de modo a mitigar a vulnerabilidade nos mais diversos grupos da sociedade. Em continuidade, a liberdade deve ser compreendida como a possibilidade de a pessoa realizar suas próprias escolhas, sem interferências, exercendo

¹¹⁰ Nas cláusulas gerais, além da hipótese de incidência ser composta por termos indeterminados, as normas não prefixam soluções ou conseqüências, cabendo ao juiz também defini-las. Como exemplo de cláusula geral, cita-se o artigo 421 do Código Civil. A norma, que prevê a função social do contrato, não define o seu sentido exato da expressão e também não fixa as soluções ou conseqüências pertinentes.

o direito de viver como melhor lhe aprouver. A solidariedade é a garantia de o homem não ser marginalizado por seus iguais.

Tradicionalmente, a integridade psicofísica do indivíduo é associada ao direito de não ser torturado e de não sofrer penas cruéis, dentre outras garantias. Na órbita civil, associa-se esse postulado aos inúmeros direitos da personalidade previstos ou não no ordenamento jurídico, como vida, imagem, honra privacidade e corpo, dentre outros. Especificamente quanto ao direito à privacidade, o tema de proteção de dados genéticos é uma das facetas desse direito (MORAES, 2003, p. 128) em função da importância desses dados sensíveis.

Ressalte-se que, diversamente do que ocorre com outros direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana não cuida de aspectos tão específicos do ser humano, tais como privacidade, propriedade, vida e integridade física, por exemplo. Ao se constituir como valor próprio que identifica o homem, como tal, sendo, dessa forma, uma qualidade inerente a todos os seres humanos, a dignidade acaba por não ter seu âmbito de proteção, no aspecto de condição jurídico-normativa, adequadamente compreendido.

É por essa razão que Roxana Borges sustenta que a definição do que seria dignidade da pessoa humana não poderia ser dada, precisamente, pelo Direito, mas sim pela própria pessoa a quem se refere, em virtude de um alto grau de subjetividade (2007, p. 143). O direito assegurado pelo Estado seria o *respeito* à dignidade das pessoas e não a dignidade em si mesma. Desse modo, não caberia ao Estado conceituar o que seria dignidade, haja vista caber à própria pessoa definir em que consiste a sua dignidade e quais os atos que podem violá-la (BORGES, 2007, p. 144).

Nesse sentido, emerge uma concepção eminentemente concreta de dignidade, uma vez que apenas concretamente (em relação a cada indivíduo) é que se pode mencionar a dignidade humana. Assim, verificada em concreto uma situação de violação à dignidade do indivíduo, deve o Estado assegurar o respeito a esse patrimônio mínimo, condenando o infrator e impedindo novas violações.

Ocorre que essa concepção, ao relacionar o sentido do próprio princípio da dignidade da pessoa humana ao fato de considerar concretamente o ser humano, pode resvalar em situações extremas, em que a subjetividade do caso concreto pode acabar por permitir violações à dignidade do indivíduo.

Neste particular, menciona-se a doutrina de Paulo Ricardo Schier que, ao tratar da dignidade da pessoa humana de caráter abstrato e de valores universais, sustenta a necessidade de uma concepção concreta do referido princípio, pautada na historicidade de nossos direitos, valores e pensada para a realidade de nossa sociedade (2007, p. 267).

Assim, transportando para a realidade brasileira o caso de arremesso de anão¹¹¹ ocorrido na França e utilizado como exemplo de violação de dignidade da pessoa humana, o referido autor defende a constitucionalidade de tal ato. Ele questiona se diante de um país “com tantos preconceitos, desigualdades e dificuldades de inserção profissional, seria legítimo, em nome da dignidade, fazer com que certo cidadão ficasse desempregado e, assim, morresse dignamente de fome” (SCHIER, 2007, p 268).

Com efeito, a adoção dessa concepção extremamente concreta e subjetiva de dignidade da pessoa humana pode acabar por autorizar diversas violações ao referido princípio constitucional, que também é fundamento do Estado brasileiro. Questões particulares de nossa realidade, como desigualdades sociais ou injustiça social, ou pessoal dos indivíduos concretamente considerados, como crimes cometidos ou situação financeira, não permitem sustentar diferentes graus de dignidade com supedâneo na realidade histórica ou vida pregressa. A dignidade de um cidadão francês é igual à de uma pessoa que nasce no Brasil, uma vez que tem por fundamento a condição humana, a qual é universal e irrestrita.

Dessa forma, este trabalho adota uma visão abrangente, geral e universal de dignidade da pessoa humana, tal qual explicitada no capítulo 2. O indivíduo é dotado de uma dignidade a ele inerente em função da simples razão de existir. Não há óbices ao reconhecimento desse direito, nem se pode falar em diferenças em função da história peculiar de cada ser humano.

O que se torna necessário, no entanto, é que essa visão geral e universal de dignidade humana não caia na armadilha da intolerância, ao se restringir o gozo desse direito em relação a algumas pessoas marginalizadas pela sociedade, como pessoas presas. Esse sentimento de intolerância aplicado ao Direito acaba por negar a dignidade

¹¹¹ No caso de arremesso de anão, o prefeito de Morsang-sur Orge, uma cidade próxima a Paris, proibiu uma atração de casas noturnas que consistia no lançamento de um anão, devidamente equipado com aparelhos de proteção, a curtas distâncias pelos fregueses em direção a um colchão de ar. O Conselho de Estado na França, manteve a proibição com fundamento na defesa da ordem pública e da dignidade humana. (BARROSO, 2012, p. 91).

a algumas pessoas, sob o pretexto de uma moral oficial imposta a todos (BORGES, 2007, p. 145).

Com efeito, para o respeito à dignidade da pessoa do condenado, faz-se necessário mais do que a promoção da tolerância, respeitando e honrando o outro na sua alteridade, nas suas preferências, conforme defende Zygmunt Bauman. Segundo Bauman (1999, p. 16) a modernidade leva à “negação dos direitos e razões de tudo que não pode ser assimilado – a deslegitimação do outro”. No entanto, é mister aprender a viver com a diferença e, ultrapassar a tolerância para alcançar o respeito ao outro. O “ser gentil” e a tolerância que ele representa não devem ser tomados simplesmente como uma forma de tornar a “coexistência suportável e um pouco menos perigosa”, porquanto “não bastaria evitar a humilhação dos outros. É preciso, também, respeitá-los – e respeitá-los precisamente na sua alteridade” (BAUMAN, 1999, p. 249).

Deve-se enxergar a humanidade ínsita no outro, independente da realidade pessoal ou social. É a aplicação da alteridade, reconhecendo-se a pessoa do outro como sujeito de direito, a fim de se evitar a “negação dos indivíduos, sobretudo numa sociedade plural e complexa” (BORGES, 2007, p. 145).

Cabe destacar que a doutrina sustenta haver uma dupla dimensão da dignidade humana: a dignidade como valor intrínseco de cada indivíduo e a dignidade “representando seus direitos, aspirações e responsabilidades, assim como os correlatos deveres de terceiros” (BARROSO, 2013, p. 62). A primeira dimensão, interna, é inviolável na medida em que o valor individual de cada ser humano não é perdido em nenhuma circunstância. Já a segunda, como direito, pode ser violada e sofrer transgressões.

Depreende-se, então, que a dignidade como um valor ínsito ao ser humano foi absorvida pelo Direito e tornou-se um conceito jurídico. Assim, o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral, mas também de conteúdo e alcance jurídicos, com plena eficácia constitucional, consistindo em um valor jurídico fundamental da comunidade (SARLET, 2011, p. 84).

E essa eficácia jurídica é comprovada especialmente na resolução de casos difíceis pelas Cortes Constitucionais, as quais se valem do princípio da dignidade humana como parâmetro para tomarem decisões. Especialmente em um ambiente pós-positivista, em que os princípios jurídicos auferem normatividade, quando há lacunas ou

situações conflitantes, recorrer-se-á à dignidade humana com a finalidade de aplicar os princípios corretamente (BARROSO, 2013, p. 63).

Explicitada a natureza jurídica da dignidade humana, cabe, agora, analisar quais seriam os substratos do referido princípio. Ao discorrer sobre o assunto, Roxana Borges defende que um homem incapaz de exercer sua autonomia não pode ser considerado sujeito de direitos:

Ora, a autonomia é elemento da dignidade e independe da posição da pessoa na sociedade. Se se nega a autonomia a uma pessoa, nega-se-lhe a sua dignidade. Assim como em Kant, também na análise aqui desenvolvida, se concebe a dignidade da pessoa humana intrinsecamente ligada à sua autonomia, à sua faculdade de se autodeterminar conforme sua própria consciência. (BORGES, 2007, p. 145).

Essa posição também é defendida por João Costa Neto, ao sustentar, com base em Kant, que a dignidade consiste em ter o direito de perseguir seus propósitos, fins e objetivos, não tendo sua ação “heterodeterminada”¹¹². Assim, dignidade adotaria um postura antipaternalista¹¹³, fundada na proibição de instrumentalização ou reificação do ser humano (COSTA NETO, 2014, p. 35-36).

Outro autor que enfatiza a importância da autonomia privada na realização da dignidade da pessoa humana é Irineu Strenger, que assevera: “é a vontade da pessoa o centro de suas razões existenciais, é o reflexo da tomada de consciência de si mesmo que possibilita ao homem encontra-se existencialmente numa situação” (2000, p. 24). Assim, impedir que um indivíduo exerça sua autonomia individual em um processo de tomada de decisão é uma violência à personalidade do homem, como ser autônomo que é, uma vez que a vontade é um dos elementos da dignidade humana.

Essa autonomia e autodeterminação próprias do indivíduo constituiriam o que Ingo Sarlet denomina de “intrínseca ligação entre as noções de liberdade e dignidade” (2011, p. 56). Com efeito, a base da noção de dignidade humana seria a liberdade individual, consubstanciada na autonomia individual, sendo esta a “capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta” (SARLET, 2011, p. 56).

¹¹² A heterodeterminação é utilizada pelo autor como sinônimo de ação determinada por outrem. Seria a ausência de autonomia privada.

¹¹³ O paternalismo, para João Costa Neto, seria a usurpação do processo de tomada de decisão, tanto impedindo ou coagindo aquele que toma a decisão como sonhando informações que poderiam fazê-lo tomar uma decisão distinta dos interesses paternalistas. (2014, p. 35).

Já para Luís Roberto Barroso, a dignidade da pessoa humana se constituiria em três substratos: o valor intrínseco, a autonomia e o valor comunitário. O primeiro, seria aquele conjunto de características que seriam inerentes e comuns a todos os seres humanos e que os distinguem das demais espécies. O valor intrínseco se contrapõe ao valor instrumental, no que se aproxima do imperativo categórico de Kant, tendo o homem valor em si mesmo e não “como um meio para a realização de metas coletivas” (2013, p. 76-77).

A autonomia, para o referido autor, seria o elemento ético da dignidade humana, sendo essencial para a mesma. Fundamenta-se no livre arbítrio dos indivíduos e tem como pressupostos a ausência de coerção na tomada de decisões e a possibilidade de escolha, dentre as alternativas existentes (BARROSO, 2013, p. 81-82).

Já a dignidade como valor comunitário enfatiza a restrição sobre a autonomia individual em busca da proteção dos direitos e dignidade de terceiros, bem como a proteção dos valores compartilhados em sociedade. É o fundamento de restrições a liberdades individuais como a imposição de sanções cíveis e criminais a indivíduos e vem sendo utilizada como fundamento de diversas decisões judiciais, como a que proibiu o arremesso de anão¹¹⁴, na França (BARROSO, 2013, p 88). No caso específico do anão, a dignidade humana, como valor comunitário, agiu para restringir uma vontade que causava danos ao próprio indivíduo, dotado de valor ínsito, e à comunidade, uma vez que o próprio anão condescendia com essa prática vexatória.

Com efeito, constata-se que a dignidade da pessoa humana não seria um direito absoluto, apto a prevalecer em qualquer circunstância. Como asseverado no capítulo 2, não há espaço no direito moderno para direitos absolutos. Muito embora seja normal que ela prevaleça, há situações em que ela deve ceder ante questões especiais, ainda que parcialmente. É o que ocorre na sanção penal em que um indivíduo é condenado, após um processo realizado de acordo com o devido processo legal, a uma pena restritiva de liberdade. Nessas situações, um componente da dignidade do indivíduo - a capacidade de ir e vir – foi restringido em função de outro valor (BARROSO, 2013, p. 64). Assim, diante dessa possibilidade de restrição, questiona-se quanto à possibilidade de mitigação

¹¹⁴ Caso já explicado em nota anterior integrante deste tópico em que a autonomia privada do anão, que em todas as instâncias se insurgiu contra a proibição de seu arremesso, foi afastada em nome do valor coletivo da dignidade.

da autonomia do indivíduo, no que tange aos seus dados genéticos, a fim de uma maior promoção de segurança pública à comunidade.

Quanto à possibilidade de a dignidade humana ceder ante outros interesses, Roxana Borges afirma que apenas se concebe limitações a direitos individuais, quando se estiver diante de risco a liberdade ou integridade do outro, havendo uma ameaça concreta à dignidade alheia (2007, p. 144). Esse é o fundamento da restrição à liberdade de circulação de pessoas apenadas, ante o risco à incolumidade de outros indivíduos.

Ocorre que essa restrição aos direitos do indivíduo não pode ter por fundamento um bem comum superior ou comunitário. A necessidade de promoção do bem comum para a comunidade não enseja a intervenção na esfera mínima dos direitos fundamentais do indivíduo, consistindo a dignidade da pessoa humana um direito de defesa face essa razão moral superior (COSTA NETO, 2014, p. 36). Reconhece-se, assim, nesse princípio um “sinal de pare”, no sentido de constituição de uma barreira intransponível ao Estado, a fim de assegurar o exercício da autonomia privada e individualidade do homem, concebendo-o como sujeito de direitos (SARLET, 2011, p. 59).

Nesse sentido, o homem não pode ser instrumentalizado em nome do bem comum. Assegurar o mínimo de direitos para o indivíduo é mais importante do que relativizar sua dignidade em prol de uma moral coletiva ou benefício comum. Cabe recordar que esse aniquilamento do indivíduo é próprio de Estados totalitários, sendo estranho à ordem constitucional vigente em nosso país. Quanto ao tema, destaco:

O valor da pessoa humana, portanto, sua dignidade é o limite para a intervenção do Estado ou da sociedade na esfera individual e seus componentes. O bem-estar social ou os fins visados pelo Estado só devem ser perseguidos enquanto isso não ferir a dignidade dos indivíduos. Estes não devem estar a serviços de uma “razão maior” que aceita aniquilar o indivíduo em proveito da sociedade ou do Estado ou (...) do que possa ser o “benefício de todos”. (BORGES, 2007, p. 146).

Assim, nem mesmo o interesse comunitário poderá justificar uma ofensa à dignidade individual, valor este intransponível de cada ser humano. Quem é dotado de um valor inestimável, uma dignidade imanente, não é a comunidade, mas sim o indivíduo, pessoalmente considerado, embora conviva em um ambiente social. E essa dignidade própria ao homem é independente de quaisquer contextos ou situações sociais em que ele se insira (SARLET, 2011, p. 162).

Dessa forma, o homem, em especial um indivíduo vulnerável condenado por um crime hediondo ou uma pessoa meramente investigada, deve ser visto como portador de uma dignidade inata e inviolável. A utilização dos dados genéticos para a prevenção e repressão criminal, um interesse geral da comunidade, não justifica a submissão obrigatória do indivíduo à identificação de perfil genético. Afinal, nos termos do imperativo categórico, o homem jamais pode ser usado como meio para se atingir um determinado fim (KANT, 1959), independentemente da nobreza desse desiderato. Tão-somente o indivíduo deve ser considerado um fim em si mesmo e, como tal, deve ser protegido. Precisam ser as palavras de Maria Celina Moraes:

Isto significa que todas as normas decorrentes da vontade legisladora dos homens precisam ter como finalidade o homem, espécie humana como tal. O imperativo categórico orienta-se, então, pelo valor básico, absoluto, universal e incondicional da dignidade humana. É esta dignidade que inspira a regra ética maior: o respeito pelo outro. (MORAES, 2003, p. 115).

Nesse sentido, a proteção dos dados genéticos do indivíduo se insere no âmbito de proteção da dignidade da pessoa humana, sendo uma concretização desse direito assegurado na Constituição Federal. Diferenciar indivíduos que merecem proteção quanto aos dados genéticos em função de cometimento de crimes viola a dignidade inerente e inalienável a todos os seres humanos.

A inconstitucionalidade da Lei 12.654/2012 decorre da violação da autonomia do indivíduo quanto ao fornecimento de seu material genético. Diante da necessidade de uma maior segurança pública, não se pode submeter a pessoa condenada ou investigada à identificação de perfil genético. Afinal, não se pode esquecer que a função primordial da dignidade da pessoa humana é garantir a emancipação do homem por meio da faculdade de se autodeterminar, conforme seu próprio sentimento de dignidade (BORGES, 2007, p. 147).

De outro giro, impõe-se a análise da constitucionalidade da referida legislação sob o prisma da proporcionalidade. Quanto a essa questão, a proporcionalidade deve ser analisada quanto aos métodos utilizados para a obtenção do material genético do indivíduo, a natureza de dados sensíveis das informações armazenadas, bem como se as justificativas apresentadas seriam aptas a ensejar a restrição de direitos fundamentais. Ademais, a violação à dignidade da pessoa humana deve ser aferida sempre à luz do caso concreto.

Assim, muito embora a sanção penal seja medida proporcional a um indivíduo que tenha cometido um homicídio qualificado, mormente em virtude da possível violação da dignidade de outros indivíduos, não se pode dizer o mesmo quando estamos diante de celas superlotadas, regime inicial fechado para crime de furto ou de situações em que ocorra tortura de pessoas. Aí há nítida violação desproporcional da dignidade da pessoa de condenados, não havendo qualquer justificativa para a segregação (SARLET, 2011, p. 151-152).

De igual modo, exigir a identificação de perfil genético de todos os indivíduos investigados em quaisquer crimes ou de pessoas condenadas em crimes hediondos, mesmo naqueles que não deixam vestígios ou são cometidos sem violência contra a pessoa viola frontalmente a dignidade da pessoa humana, caracterizando-se como medida desproporcional.

A medida determinada pela Lei 12.654/2012 não é necessária, adequada ou, sequer, proporcional. Não há necessidade pois se determina a identificação de perfil genético para crimes que não deixam vestígios como corrupção ou adulteração de substância medicamentosa. Assim, se não deixam vestígios não há fundamento para o armazenamento de tais dados para a solução de crimes, pois a medida não terá qualquer efeito prático.

Não se vislumbra, outrossim, adequação pois a submissão, tal qual posta em lei, não respeita a autonomia privada, consoante já explicitado. Por fim, não há proporcionalidade em sentido estrito haja vista não ser razoável o sacrifício da dignidade do indivíduo em prol de um benefício geral da comunidade, bem como pelo fato de as informações genéticas, quando se trata de condenação em sede de crimes hediondos, não terem previsão de exclusão do banco de dados, independentemente do prazo prescricional do delito cometido.

Assim, resta nítida a ausência de proporcionalidade uma vez que foi afetado o núcleo essencial dos direitos fundamentais em questão: privacidade, integridade corporal, vedação à autoincriminação, intranscendência da pena, dentre outros. E esse núcleo essencial se constitui na dignidade da pessoa humana, que não pode ser afastado mesmo se tratando de pessoas presas (SARLET, 2011, p. 142):

(...) assegurar ao preso um mínimo em dignidade e direitos fundamentais, do que dá conta (...) a vedação das penas cruéis e desumanas, da tortura, da utilização de determinados meios de prova (tal como o detector de mentiras, o assim chamado “soro da verdade”,

a submissão compulsória a intervenções corporais. (SARLET, 2011, p. 161).

Apenas seria constitucional essa alteração legislativa caso fosse oportunizada ao indivíduo a identificação de seu perfil genético, não sendo o caso de coação estatal. Ressalte-se que está em discussão uma real concretização da dignidade humana, um conceito que sintetiza “os princípios do reconhecimento da personalidade e da não redução da pessoa à mercadoria, do respeito ao outro, da igualdade, da solidariedade, e da não interferência nas escolhas da vida e da possibilidade de agir livremente na esfera pública” (RODOTÀ, 2008, p. 237).

Por meio do respeito à autonomia privada, o indivíduo deverá sopesar as consequências de sua colaboração com o Estado, a fim de provar sua inocência por meio do fornecimento de material genético para bancos de dados. Esse consentimento deve ser informado e tomado de forma livre uma vez que a proteção dos dados pessoais constitui-se um aspecto essencial para o reconhecimento da liberdade individual. Nesse sentido, colaciono:

Se parece reducionista e perigosa uma formulação que me leve a concluir que “nós somos os nossos dados”, é indubitável porém que o nexó entre corpo, informações pessoais e controle social pode assumir contornos dramáticos a ponto de fazer avocar de imediato o respeito à dignidade da pessoa. (RODOTÀ, 2008, p. 97).

Ademais, esse material genético não poderia permanecer em bancos de dados criminais em tempo indeterminado. Seria necessário fixar um prazo, como o prescricional do delito, no qual o Estado poderia se valer desses dados genéticos. Estender-se-ia a regulamentação do uso de dados de pessoas investigadas para os indivíduos condenados em crimes hediondos.

Saliente-se, ainda, que essa possibilidade de fornecimento de material genético apenas seria possível em crimes que deixassem vestígios, sob pena de admissão de testagem genética de massa, bem como quando houvesse fundada suspeita, como em hipóteses de indiciamento ou denúncia.

Por fim, para ser admitida a constitucionalidade dessas medidas, seria necessária a revogação do Decreto 7.950/2013 o qual, em uma nítida burla ao sistema legal, permitiu o uso das informações dos bancos de dados criminais para fim diverso, qual seja, a localização de crianças desaparecidas. Ora, por mais nobres que sejam as

intenções, abriu-se uma brecha muito perigosa à privacidade dos indivíduos investigados e condenados e seus familiares. Nesse sentido, Stefano Rodotà é preciso:

(...) a coleta de dados genéticos somente pode ser considerada legítima em relação a pessoas sobre as quais pese alguma suspeita. Não são admissíveis, portanto, testagens de massa. A segunda é que as amostras legitimamente recolhidas devem ser conservadas por tempo determinado e não podem servir a compor um banco de dados que fique à disposição das autoridades para realizar qualquer outra finalidade. (RODOTÀ, 2008, p. 11).

Entretanto, mesmo com essa violação à dignidade de pessoas investigadas e condenadas é possível a correção do rumo tomado. Sejam os otimistas. Para Bauman “os seres humanos podem fazer a diferença, e efetivamente o fazem, podem pensar de forma não convencional e às vezes até alterar o curso da história na direção da justiça e da solidariedade” (2013, p. 130).

Assim, em uma realidade de tantas transgressões aos direitos humanos, inclusive de pessoas vulneráveis como os condenados, totalmente submetidos ao arbítrio Estatal, o ser humano pode ser encarado como *homo eligens*¹¹⁵, apto a tomar decisões e fazer história, pautado nos valores da justiça e solidariedade. No mundo da modernidade líquida e da visão vigilante, resiste a possibilidade de outros tipos de olhar que não nos cega para a humanidade do outro, impregnada de esperança.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse momento em que se procura concluir todo o raciocínio explicitado, cabe destacar, por primeiro, que esta foi apenas uma das maneiras de enfrentar a problemática da identificação obrigatória de perfil genético e todas as suas consequências no âmbito dos direitos fundamentais da pessoa investigada ou condenada, bem como de seus familiares.

Diante de toda a complexidade da matéria, que envolve questões interdisciplinares atinentes a Direito Penal, Civil, Constitucional e Bioética, sem menosprezar a incidência de valores morais no trato do assunto em discussão, este trabalho, em nenhum momento, procurou esgotar a análise do tema controvertido ou

¹¹⁵ Para Bauman, pertencemos à espécie do *homo eligens*, ou seja, o animal que escolhe seu caminho em busca da felicidade. Assim, nem “tudo está perdido”, pois o homem é apto a sair do problema em que se encontra (2003, p. 131).

solucionar todas as questões subjacentes – caso isso seja realmente possível ante uma situação tão palpitante.

Assim, enfrentou-se a questão sob um viés humanista. E isso se deu em virtude do entendimento que a função primordial do Estado é assegurar os direitos de seus cidadãos, sendo esta a razão de sua criação. Com efeito, o indivíduo é quem deve ser protegido pelo Estado não apenas em face de violações causadas por terceiros, como também daquelas nas quais o ente estatal é o agressor.

Nesse sentido, não apenas o novo direito privado, atual, pós-moderno e contemporâneo, decorrente do processo de Constitucionalização do Direito, mas todo o ordenamento jurídico constitucional tem como fim uma maior proteção da pessoa humana em seus mais diversos aspectos. Calcado na promoção de uma igualdade substancial, busca a proteção dos vulneráveis através da construção de um sistema que reconheça e efetive os seus direitos.

Nesse ambiente de um renovado humanismo, a vulnerabilidade do homem será tutelada mediante a cláusula geral de dignidade da pessoa humana, constante da Constituição Federal de 1988. Desta feita, grupos considerados frágeis merecem especial proteção por parte do Direito, inclusive no que tange aos direitos de personalidade, expressão civilista de direitos humanos e fundamentais.

Os avanços da revolução genética são inegáveis. Trouxeram inúmeros benefícios para a sociedade que se vão desde a resolução de problemas familiares como a investigação de paternidade à cura e tratamento de diversas enfermidades. Mas esses benefícios não suplantam os riscos advindos do conhecimento genéticos. Quando temos acesso aos dados genéticos, não apenas o seu titular fica exposto, mas todos seus familiares. E daí surge a questão da importância do acesso a esses dados, que envolve anuência de seu titular, bem como o uso e armazenamento desses dados por parte do Estado.

E isso ocorre pois, como vimos, os dados genéticos são personalíssimos, constituindo a parte mais recôndita das informações pessoais do indivíduo. Uma vez que, diferentemente do que ocorre com outros dados, a pessoa não escolhe sua informação genética, a qual permanece mesmo após a morte da pessoa. Assim, há evidentes riscos no armazenamento de tais informações em bancos de dados genéticos criminais contra a vontade do indivíduo, com fundamento em um interesse maior da sociedade de repressão criminal.

Sob essa ótica, a Lei 12.654/2012, ao determinar a sujeição obrigatória de pessoas condenadas em crimes hediondos e de pessoas investigadas à identificação de perfil genético, mediante a extração de DNA, é inconstitucional por violar os direitos da personalidade do indivíduo pois, ao não respeitar a sua livre vontade no que pertine ao fornecimento de seus dados sensíveis, vulnera a sua própria condição de ser humano dotado de direitos inalienáveis.

A privacidade, hoje, é compreendida como direito fundamental à autodeterminação informativa e, nesse sentido, a pessoa condenada em crime hediondo tem o direito de se recusar ao fornecimento de seus dados genéticos imposto pela lei. O fato de ter cometido um crime sujeito à censura e reprimenda estatal não torna o indivíduo desprovido de um valor e de direitos fundamentais a ele inerentes.

Dessa forma, a obtenção de informações pessoais do homem deve ser restrita ao extremamente necessário, além de ser condicionada à sua autorização. Privilegia-se, portanto, a liberdade pessoal do indivíduo e sua vontade, como sujeito racional e merecedor de respeito. Ainda que nos regimes totalitários a criminalidade seja mais controlada, a consequência é o sacrifício de direitos fundamentais, como liberdade, autonomia, privacidade, dentre tantos outros, uma vez que se despreza o valor inato a cada indivíduo, sendo este apenas um mero meio de promoção dos interesses do Estado.

Da análise da Lei 12.654/2012 emerge um tratamento preconceituoso e estigmatizado do ser humano. Ao diferenciar em classes os indivíduos que possuem autonomia informacional de seus dados genéticos, desprovendo de dignidade as pessoas investigadas e condenadas, a referida legislação acaba por tratar tais classes de pessoas como meros dados que devem ser utilizados em prol dos interesses estatais, esquecendo-se da humanidade inerente aos mesmos.

Isso sem contar nas inúmeras violações a diversos direitos assegurados na Constituição Federal como fundamentais. Como ressaltado ao longo do trabalho, as mudanças provocadas pela Lei 12.654/2012 violam como o direito de não produzir prova contra si mesmo, a privacidade de pessoas condenadas, o direito à integridade corporal, limitação da pena à pessoa do condenado.

Nesse sentido, reconhece-se a inconstitucionalidade da Lei 12.654/2012 em virtude da violação da autonomia privada, núcleo da dignidade da pessoa humana. É uma afronta aos já mencionados princípios constitucionais o armazenamento sem previsão de exclusão de material genético de indivíduos tão-somente em razão da

condenação em crimes hediondos, encontrando-se tal material genético à disposição das autoridades para quaisquer outras finalidades.

Reconhece-se o ser humano como ser dotado de subjetividade concreta e, dessa forma, confere-se proteção à sua vontade individual. A autonomia privada surge nesse contexto como um instrumento de proteção da personalidade, conferido ao indivíduo primazia para o exercício positivo dos direitos de personalidade, por meio do qual é facultado ao sujeito investigado ou condenado, por meio de um consentimento informado, colaborar com as investigações e fornecer, voluntariamente, seu material genético para que conste não apenas da investigação, como dos bancos de dados genéticos criminais.

Neste particular, cabe ressaltar que a autonomia é elemento central da dignidade da pessoa humana, independentemente da posição da pessoa na sociedade. Um indivíduo sem autonomia não pode ser considerado sujeito de direitos, uma vez que a capacidade de se autodeterminar de acordo com a sua própria consciência é elemento base da dignidade humana.

Muito mais do que entender o direito à privacidade dos dados genéticos da pessoa do condenado como uma questão meramente objetiva, é imperioso compreender que a finalidade da proteção deste direito consiste na proteção da esfera privada, na busca da consagração da dignidade da pessoa humana. Negar o reconhecimento desse direito, além de ser um perigoso precedente para os demais indivíduos, acaba por vulnerar ainda mais os direitos de pessoas condenadas, consistindo uma grave violação à dignidade da pessoa humana.

Assim, a proteção das informações pessoais em um mundo conectado como o de hoje representa elemento essencial da personalidade e da dignidade da pessoa humana. Precisamos evoluir de uma sociedade de vigilância, em que se pretende o controle não apenas dos dados e informações, mas do próprio indivíduo, para uma sociedade que priorize a vontade e autonomia privada do ser humano, condição esta imprescindível para respeito aos direitos fundamentais.

Nesse sentido, a construção de uma sociedade da dignidade passa, necessariamente, por assegurar a privacidade dos indivíduos e pelo respeito ao outro, independentemente de sua realidade. A privacidade, como autodeterminação, confere primazia ao indivíduo, ao conferir-lhe o poder de decidir quais informações podem ser compartilhadas com outras pessoas e com o Estado. Esse direito fundamental, porém,

apenas será adequadamente exercido por todos se construirmos uma cultura de respeito ao outro. Essa nossa relação com os demais pautará a sociedade que queremos construir, na qual o outro não será deslegitimado de seus direitos em função de segregações ou condições diferenciadas; afinal, todos somos igualmente portadores de um valor único e inestimável.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua i**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

AHMAD, Roseli Borin Ramadan. **Identidade genética e exame de DNA**. Curitiba: Juruá, 2010.

ALBAGLI, Sarita. Da biodiversidade à biotecnologia: a nova fronteira da informação. **Ciência da Informação**, Brasília, v. 27, n. 1, p. 7-10, jan./abr. 1998. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ci/v27n1/02.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

ALBERTS, Bruce. **Essencial cell biology: an introduction to the molecular biology of the cell**. New York: Garland Publishing, 1998.

ALEMANHA, Lei Fundamental, de 1949. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 3 jun. 2018.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALHO, Clarice Sampaio. Pesquisa em dados genéticos humanos. In: KIPPER, Délio. (Org.). **Ética Teoria e Prática: uma visão multidisciplinar**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

ALMEIDA, Maria Cristina de. **DNA e estado de filiação à luz da dignidade da pessoa humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

AMITRANO, Georgia. O paradoxo do *homo sacer*: entre o abandono e o bando. **Cadernos de Ética e Filosofia Política**, São Paulo, n. 23, 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/cefp/article/view/74747/78338>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

ANDRADE, Diogo de Calasans Melo. Direito ao esquecimento como direito da personalidade versus liberdade de expressão como direito a informação. **Interfaces Científicas - Direito**, Aracaju, v. 4, 2016.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2007.

_____. **Origens do totalitarismo**: anti-semitismo, imperialismo e totalitarismo. São Paulo: Editora Schwarcz, 1997.

_____. Reflections on little rock: preliminary remarks. In: KOHN, J. (Org.). **The Portable Hannah Arendt**. New York: Penguin Books, 2000. Disponível em: <<http://bethsholomsf.org/wp-content/uploads/2015/10/Reflections-on-Little-Rock.pdf>>. Acesso em: 8 mai. 2018.

ARISTÓTELES, **A política**. 2. ed. Bauru: Edipro, 2009.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. IN: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

BARRETO, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos. In: TORRES, Ricardo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BARROS, Alice Monteiro. **Proteção à intimidade do empregado**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 26 nov.2017.

_____. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coords.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BAUMAN, Zygmunt; LYON, David. **Vigilância líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

_____. **Modernidade e ambivalência**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Theoria geral do direito civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1953.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. 6. ed. Brasília: Editora brasiliense, 1994.

BONACCORSO, Norma Sueli. **Aspectos técnicos, éticos e jurídicos relacionados com a criação de bancos de dados criminais de DNA no Brasil**. São Paulo: 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-04102010-141930/pt-br.php>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 nov. 2016.

BRASIL. Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 jun. 2018.

BRASIL. Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília, 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 15 jun. 2018.

BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Brasília, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 18 out. 2018.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 4 jun. 2016.

BRASIL. Lei 12.037, de 1 de outubro de 2009. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12037.htm>. Acesso em: 11 jul. 2018.

BRASIL. Lei 12.654. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112654.htm>. Acesso em: 11 jul. 2018.

BRASIL. Lei 13.709/2018. Brasília, 2018. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=7738646&ts=1531260750744&disposition=inline&ts=1531260750744>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

BRASIL. Ministério Público Federal. Parecer da Procuradora Geral da República Raquel Dodge, Brasília, 18 de dezembro de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4991018>>. Acesso em: 7 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 22.337/RS, Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Brasília, 20 de março de 1995. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199200114466&dt_publicacao=20-03-1995&cod_tipo_documento=3&formato=PDF>. Acesso em: 2 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública do RE 973.837/MG, Brasília, 26 de maio de 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=IYRedqA8pHw>>. Acesso em: 16 mai. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 71.373/SP, Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello, Brasília, 10 de novembro de 1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1585884>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 23.669/DF, Relator: Ministro Celso de Melo, Brasília, 12 de abril de 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1816436>> Acesso em: 13 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 2040/DF, Relator: Ministro Neri da Silveira, Brasília, 21 de fevereiro de 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1997002>> Acesso em: 15 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 201.819/RJ, Relatora: Ministra Ellen Gracie, Brasília, 10 de outubro de 2005. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1641534>> Acesso em: 21 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 389.808/PR, Relator: Ministro Marco Aurélio Mello, Brasília, 15 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2129315>> Acesso em: 26 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 601.314/SP, Relator: Ministro Edson Fachin, Brasília, 24 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2689108>> Acesso em: 22 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 646.721/RS, Relator: Ministro Roberto Barroso, Brasília, 10 de maio de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4100069>> Acesso em: 23 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 878.699/SP, Relator: Ministro Marco Aurélio Mello, Brasília, 3 de julho de 2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4744039>> Acesso em: 23 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 973.837/MG, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Brasília, 11 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4991018>> Acesso em: 21 nov. 2016.

BRUNET, Karina Shuch. Engenharia genética: implicações éticas e jurídicas. In: **Revista Jurídica**. v. 274. São Paulo: Revista Jurídica Editora, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital Martins. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra Ed., 1991.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Do gene ao direito**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1999.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2016.

CASTRO, Catarina Sarmiento e. **Direito da informática, privacidade e dados pessoais**. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. O direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós 11 de setembro. In: VIII CONGRESSO IBERO-AMERICANO DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 2003, Sevilha. **Anais eletrônicos**. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-direito-%C3%A0-autodetermina%C3%A7%C3%A3o-informativa-e-os-novos-desafios-gerados-pelo-direito-%C3%A0-liberda>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

_____. Os ficheiros de crédito e a proteção de dados pessoais. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, n. 78, p. 475-511, 2002.

CATALA, Pierre. Ebauche d'une théorie juridique de l'information. In: **Le droit à l'épreuve du numérique**. Paris: PUF, 1998. Disponível em:<<http://mafr.fr/media/assets/publications/catalap-ebauche-dune-theorie-juridique-de-linformation-1998.pdf>>. Acesso em: 1 jun. 2018.

CONSELHO DA EUROPA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 18 de dezembro de 2000. Disponível em:<http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 17 mai. 2018.

CONSELHO DA EUROPA. Convenção de Estrasburgo para a proteção das pessoas relativamente ao tratamento automatizado de dados de caráter pessoal, de 1981. Disponível em:<<https://www.cnpd.pt/bin/legis/internacional/Convencao108.htm>>. Acesso em: 1 jun. 2018.

CONSELHO DA EUROPA. Convenção Europeia sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, de 2001. Disponível em:<<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/principaisinstrumentos/16.htm>>. Acesso em 2 jun. 2018.

CONSELHO DA EUROPA. Recomendação R (87) 15, de 1987. Disponível em: <https://www.coe.int/T/DGI/LegalCooperation/Economiccrime/organisedcrime/Rec_1987_15.pdf>. Acesso em 29 out. 2018.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

COSTA, Ana Paula Correia de Albuquerque. Direitos humanos na seara jusprivatística: a tutela da personalidade. In: FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer; COSTA, Ana Paula Correia de Albuquerque; GODINHO, Adriano Marteleto (Coords). **Humanização do direito civil constitucional**: perspectivas e desafios. Florianópolis: Conceito, 2010.

_____. O dano moral como efetivação da tutela jurídica da personalidade à luz da constitucionalização do direito civil. In: FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer; COSTA, Ana Paula Correia de Albuquerque; GODINHO, Adriano Marteleto (Coords). **Humanização do direito civil constitucional**: perspectivas e desafios. Florianópolis: Conceito, 2010.

COSTA, Sérgio Ibiapina; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel. A bioética do século XXI. **Bioética**. Brasília, v. 7, n. 2, p. 207-212, 1999.

COSTA NETO, João. **Dignidade humana**: visão do tribunal constitucional federal alemão, do STF e tribunal europeu. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIAS, Clara Angélica Gonçalves Cavalcante. **Responsabilidade civil do empregador diante dos riscos sociais que afetam a saúde e a integridade física do empregado**. Paraná: CRV, 2016

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. São Paulo: Saraiva, 2011.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Os direitos da personalidade no novo código civil. IN: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo código civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Privacidade, vida privada e intimidade no ordenamento jurídico brasileiro: da emergência de uma revisão conceitual e da tutela de dados pessoais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano XI, n. 51, mar. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2460>. Acesso em: 16 mai. 2018.

DOTTI, René Ariel. A liberdade e o direito à intimidade. **Revista de informação legislativa**, v. 17, n. 66, p. 125-152, abr./jun., 1980.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ECHTERHOFF, Gisele. **Direito à privacidade dos dados genéticos**. Curitiba: Juruá, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil**: sentidos, transformações e fim. Renovar: Rio de Janeiro, 2015.

_____. Discriminação por motivos genéticos. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 36, 2001.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 3 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer; COSTA, Ana Paula Correia de Albuquerque; GODINHO, Adriano Marteleto. **Humanização do direito civil constitucional**: perspectivas e desafios. Florianópolis: Conceito, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. Roma: Editorial Trotta, 1999.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do estado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 88, 1993.

FERRI, Luigi. **L'autonomia privata**. Milano: Giuffrè, 1959.

FORENSIC GENETIC POLICY INITIATIVE. **Safeguards and standards**. 2014. Disponível em: <<http://dnapolicyinitiative.org/resources/dna-databases-and-human-rights/>>. Acesso em 21 nov. 2018.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 27 ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

FONSECA, Rodrigo Rigamonte. Os dados genéticos e a proteção à intimidade no direito brasileiro. In: **Revista Jurídica da UNIGRAN**, Dourados, v. 6, n. 11, 2004.

FRAGOSO, Heleno; CATÃO, Yolanda; SUSSEKIND, Elisabeth. **Direitos dos presos**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

GEDIEL, José Antônio Peres. A declaração universal sobre o genoma e direitos humanos: um novo modelo jurídico para a natureza? **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Porto Alegre, v. 34, p. 51-58, 2000.

_____. Autonomia do sujeito e biopoder. In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira (Coord.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GOUVEIA, Luis Manuel Borges. **Sociedade da informação: notas de contribuição para uma definição operacional**. Porto: 2004. Disponível em: <http://homepage.ufp.pt/lmbg/reserva/lbg_socinformacao04.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GUERRA, Sidney. **Hermenêutica, ponderação e colisão de direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. Tradução: Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

JABUR, Gilberto Haddad. A dignidade e o rompimento da privacidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge (Coords.). **Direito à privacidade**. São Paulo: Idéias e Letras, 2005.

_____. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada**: conflitos entre direitos da personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2011.

KAYSER, M; KNIJFF, P. Improving human forensics through advances in genetics, genomics and molecular biology. **Nature Revolution Genetic**, v. 12, 2011. Disponível em: <<https://www.semanticscholar.org/paper/Improving-human-forensics-through-advances-in-and-Kayser-Knijff/c93254751012aefc07f7f51d6ea3e3626da9e4f1>>. Acesso em 31 out. 2018.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de hannah arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LEONARDI, Marcel . **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÉVY, Pierre. **O que é o virtual**. Rio de Janeiro: Editora 34, 1996.

LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Saraiva: Rio de Janeiro, 2013.

LUDWIG, Marcos de Campos. Direito público e direito privado: a superação da dicotomia. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: RT, 2002.

_____. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidade de sua aplicação no direito privado brasileiro. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: RT, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARTÍN, Luis Gracia; PASAMAR, Miguel Ángel Boldova; DOBÓN, M Carmen Alastuey. **Lecciones de consecuencias jurídicas del delito**. 4 ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2012.

MARTINS, Leonardo (Org). **50 anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Montevideo: Konrad-Adenauer- Stiftung, 2005.

MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO; Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Felipe Arady. O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, ano 2, n. 10, 2013.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 1999.

MONEBHURRUN, Nitish. **Manual de Metodologia Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coords.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Walter. **Concepção tomista de pessoa – um contributo para a teoria do direito da personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MOUREIRA, Diogo Luna. **Pessoas e autonomia privada**: dimensões reflexivas da racionalidade e dimensões operacionais da pessoa a partir da teoria do direito privado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **O direito pela perspectiva da autonomia privada**: relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O estado de direito e os direitos da personalidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 19, 1980.

OEA. Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 8 mai. 2018.

ONU. Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em 19 novembro 2016.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PORTUGAL. Decreto-lei 47.344, de 25 de novembro de 1966, Código Civil. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis>. Acesso em: 16 mai. 2018.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

REALE, Miguel. A pessoa, valor-fonte fundamental do Direito. In: REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. São Paulo: Saraiva, 1990.

REINALDO FILHO, Demócrito. **Privacidade na sociedade de informação**. Recife: 2006. Disponível em:

<https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4642/1/arquivo6028_1.pdf>. Acesso em: 6 jun. 2018.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovsk et. al. **Direito civil constitucional**: a resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil constitucionais e suas consequências. Florianópolis: Conceito, 2014.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

_____. Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. IN: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

_____. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Lúmen Juris, 2006.

_____. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coords.). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHIOCCCHET, Taysa. **Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal**. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coords.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

_____; CORRÊA JR. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SÓFOCLES. **Antígona**. EBooks Brasil, 2005. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/antigone.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2016.

SOUSA, Stenio Santos. Coleta de perfil genético e investigação criminal: identificação criminal ou meio de prova, á luz do princípio da constitucionalidade? **Revista de Direito de Polícia Judiciária**, Brasília, ano 2, n. 3, 2018. Disponível em: <<https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RDPJ/article/view/554/336>>. Acesso em 30 out. 2018.

SOUZA, Maria Isabel de Azevedo. O princípio da exclusividade como nota distintiva do direito privado. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: RT, 2002.

SPOSATO, Karyna Batista. A constitucionalização do direito da criança e do adolescente como barreira à redução da idade penal. In: **Doutrinas essenciais, direitos humanos – Grupos Vulneráveis - VOLUME IV**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

STRENGER, Irineu. **Da autonomia da vontade**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000.

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

UNESCO. Declaração universal sobre o genoma humano e direitos humanos, de 1997. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>>. Acesso em 1 jul. 2018.

UNESCO. Declaração internacional sobre os dados genéticos humanos, de 2004. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001361/136112porb.pdf>>. Acesso em 29 out. 2018.

UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Processos 30562/2004 e 30566/2004. Strasbourg, 4 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:%5B%22Marper%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%2200190051%22%5D}>>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Processo 29514. Strasbourg, 7 de dezembro de 2006. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:%5B%2229514/05%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-78858%22%5D}>>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1997.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VIAL, Sandra Regina Martini. Direito fraterno na sociedade cosmopolita. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 1, n. 46, p. 119-134, jul./dez, 2006.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A gramática dos direitos humanos. In: **Revista do ILANUD**, São Paulo, n. 17, 2001.

WARREN, Samuel D; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. **Harvard Law Review** n 193, 1890. Disponível em: <<https://www.english.illinois.edu/-people-/faculty/debaron/582/582%20readings/right%20to%20privacy.pdf>>. Acesso em: 9 mai. 2018.

WOLKMER, Antonio Carlos (Coord). **Fundamentos do humanismo jurídico no ocidente**. Barueri: Manole Editora, 2005.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo código civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

_____. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coords.). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.